الكتب القانونية

أحكام الأحوال الشخصية

لغير المسلمين من المصريين

القواعد العامة : تحديد المقصود بالأحوال الشخصية ، والمقصود بغير المسلمين ، وما يعتبر شريعة عندهم ، وشروط تطبيقها ، وآثار تخلف هذه الشروط .
الأحكام الموضوعية لدى المسيحيين واليهود : الخطبة ، الزواج وانعقـــاده ، آثاره ، انحلاله ، الطــــــلاق ، التطليق ، الانفصال الجثمانى ، القرابة ، أنواعها ، آثارها ، نفقة الأقارب .

الدكتور توفيق حسن فرج
أستاذ القـــانون المدنى المساعـــد
بكلية الحقـــوق – جامعـــة الاسكندرية

الطبعـة الثانيـة

الناشـر منشأة المعارف بالاسكندرية
١٩٦٤

إلى الزميل الفاضل الدكتور محسن جميل
مع خالص تحياتي ومودتي

أحكام الأحوال الشخصية
لغير المسلمين من المصريين

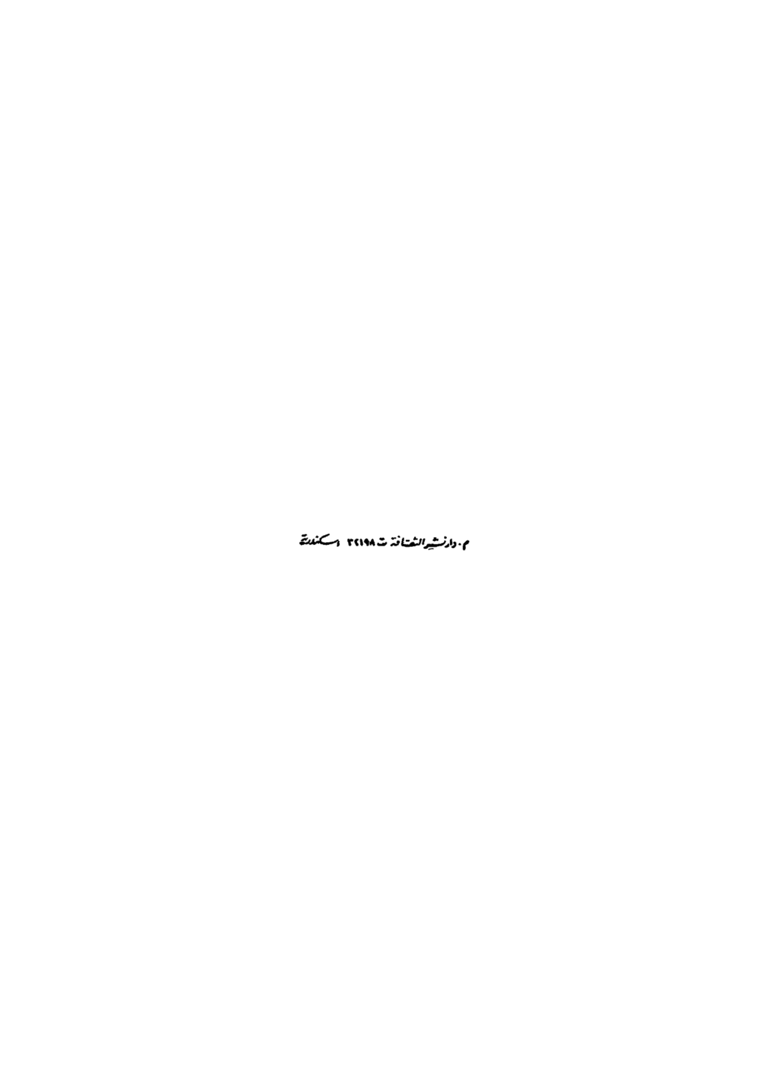
القواعد العامة : تحديد المقصود بالأحوال الشخصية ، والمقصود بغير المسلمين ، وما يعتبر شريعة عندهم ، وشروط تطبيقها ، وآثار تخلف هذه الشروط .
الأحكام الموضوعية لدى المسيحيين واليهود : الخطبة ، الزواج وانعقاده ، آثاره ، انحلاله ، الطلاق ، التطليق ، الانفصال الجثماني ، القرابة ، أنواعها ، آثارها ، نفقة الأقارب .

الدكتور توفيق حسن فرج
أستاذ القانون المدني المساعد
بكلية الحقوق — جامعة الاسكندرية

الطبعة الثانية

الناشر المعارف بالاسكندرية

١٩٦٤



م. دار نشر الثقافة ت ٢٢١٩٨ اسكندرية

تقديم الطبعة الثانية

كان ظهور الطبعة الأولى من هذا الكتاب حافزا لى على أن أسارع إلى إعادة طبعه ثانية ، ذلك أن الطبعة الأولى لم تكد تنتهى حتى نفذت نسخها ، فلم تصل إلى أيدى الكثيرين ممن تهمهم مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، فأردت بذلك أن أيسر على كل راغب فى الوقوف على تلك المسائل أن يجد مبتغاه . ومن ناحية أخرى فقد حرصت على إخراج هذه الطبعة الثانية لكى تتاح لى الفرصة لأتمم ما بدأت فى الطبعة الأولى . فأوردت ما لم أورده من قبل من أحكام خاصة ببعض الطوائف المسيحية . وبذلك صار الكتاب شاملا لجميع القواعد الخاصة بالطوائف الأرثوذكسية ، والطوائف الكاثوليكية الشرقية جميعها ، طبقاً لأحكام الارادة الرسولية فى نظام سر الزواج للكنيسة الشرقية الصادرة سنة ١٩٤٩ ، هذا فضلا عن القواعد الخاصة بالانجيليين . وإلى جانب ذلك فقد أضفت أحكام الأحوال الشخصية لليهود من ربانيين وقرائين ، مفصلة علي غرار القواعد الخاصة بالشريعة المسيحية بصفة عامة ، وفى كل موضوع من الموضوعات التى تدخل فى نطاق الدراسة .

ولقد كانت الطابعة الثانية مناسبة لمتابعة ما استجد من تطورات فقهية وقضائية فى هذا الموضوع ، فقد ظهرت فى الفترة السابقة على إخراج

هذه الطبعة وبعد الانتهاء من إخراج الجزء الأكبر من الطبعة الأولى ، مؤلفات فقهية ، ونشرت أحكام قضائية ، وخاصة من محكمتنا العليا ، كان من الضرورى التعرض لما جاء فيها ودراسته . كما حرصنا كذلك على توضيح وتفصيل كثير من المسائل التى ثبتت أهميتها الفقهية والعملية خلال السنوات السابقة ، ومنذ إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية .

وقد اضطرنا التوسع فى كثير من المسائل ، وإيراد الكثير من أحكام المحاكم إلى نتزل الكثير من الموضوعات ، وخاصة أحكام المحاكم ، إلى الهامش ، كما رأينا ألا يزدحم الكتاب بأحكام الطوائف المختلفة ، فحرصنا بقدر المستطاع على إيراد الكثير منها ، بهامش الكتاب كذلك .

وبعد ، فانى آمل أن أكون بهذا العمل قد وصلت إلى بعض ما يبغيه من تهمهم مسائل الأحوال الشخصية ، سواء من المشتغلين بالقانون أم من غيرهم ، وأرجو أن أكون قد وفقت فى هذا العمل ، والله ولى التوفيق .

المؤلف

تقديم الطبعة الأولى

عندما عهد إلينا بتدريس مادة الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، على أثر إدخالها ضمن برامج الدراسة فى كليات الحقوق ، بعد إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية ، ونقل اختصاصها إلى المحاكم العادية ، حاولنا وضع نواة هذا الكتاب فى مجموعة دروس ألقيت على طلبة السنة الثالثة بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية عام ١٩٥٧ . ولم يكن من اليسير آنذاك على رجال القانون الوقوف على أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، بصفة خاصة ، على خلاف الشريعة الاسلامية التى لاقت عناية بتفصيل أحكامها وتيسير سبل معرفتها .

ولهذا حينما بدأنا فى تدريس هذه المادة صادفتنا عقبات جمة ، وخاصة أننا أردنا ألا ننقل بمستوى دراستها عن دراسة غيرها من المواد المقررة فى كليات الحقوق ، فأدى بنا هذا إلى أن نلقى أنفسنا ، بأيدينا ، فى ميدان وعر ، سواء من حيث وضع خطة لدراسة المادة نفسها ، أم من حيث تعدد الأحكام والقواعد المتعلقة بالطوائف المختلفة ، وصعوبة العثور عليها ، فضلا عن انعدام المؤلفات والمراجع ، أو هزالة ما ظهر منها آنذاك ، وضن من كان بيدهم الأمر ، حتى بأن يجودوا أو يرشدوا عن بعض النصوص القديمة .

ومع كل هذا ، فقد أخذنا على عاتقنا أن نصل إلى الغاية ، ولم نشأ أن ننزل عن المستوى الذى وضعناه نصب أعيننا منذ البداية ، مما أدى إلى تأخر ظهور هذا الكتاب حيناً من الزمن . ومع ذلك فقد كان فى هذا التأخير خيراً كثيراً . إذ أتيح لنا أن نضع فيه أسس دراسة هذه المادة كاملة ، كما أتيح لنا كذلك أن نصل الى كثير من أحكام المحاكم التى لم تنشر أو التى جمعها البعض . ولم يخل هذا من فائدة ، إذ استطعنا أن نقف من خلال تلك الأحكام على الاتجاهات العملية ، وعلى الدور الكبير الذى قام به القضاء فى هذا الصدد . كما استطعنا كذلك أن نقف على ما عرض على المحاكم من أمور أكثر من غيرها ، مما حدا بنا إلى إعطائها من العناية ما تستحق ، نظراً لأهميتها من الناحية العملية .

ولقد حرصنا فى هذا المؤلف ، بقدر المستطاع ، على العناية بدراسة أحكام التشريعات المقارنة ، التى لها صلة بدراسة القواعد الخاصة ببعض الطوائف ، فأشرنا إليها فى مناسبات شتى سواء من أحكام القانون الفرنسى ، أم من أحكام القانون اليونانى . كما لم نتجاهل الاشارة إلى أحكام الشريعة الاسلامية أيضاً ، لتوضيح ما هنالك من تفاوت أو تقارب بينها وبين الشرائع الملية الأخرى .

وإذا كانت خطتنا قد وضعت على أساس دراسة الأحكام الخاصة بالمسيحيين ، واليهود بعد دراسة القواعد العامة فى الباب الأول من هذا الكتاب ، إلا أننا رأينا أن نكتفى الآن بالدراسة الخاصة بالطوائف المسيحية مؤملين أن نعود إلى دراسة الأحكام الخاصة باليهود فيما بعد . وقد حدا بنا إلى تأجيل هذه الدراسة الأخيرة أمران أساسيان . الأمر الأول - سهولة الرجوع إلى القواعد الخاصة باليهود ، سواء بالنسبة للربانيين أم القرائين ، كما أشرنا إلى ذلك فى الباب التمهيدى عند كلامنا عما يعتبر شريعة لدى غير المسلمين . والأمر الثانى قلة ما عرض من منازعات خاصة باليهود ، من الناحية العملية ، على المحاكم .

وفى دراستنا لأحكام الزواج وما يتصل به ، ورابطة القرابة فى الشريعة المسيحية ، وجهنا العناية الأساسية لدراسة الاحكام الخاصة بالاقباط الارثوذكس ، ودراسة أحكام الارادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية الشرقية بصفة عامة . ولا يعنى هذا أننا تجاهلنا الطوائف الارثوذكسية الاخرى أو المذهب البروتستانتى . إذ لم تخل مناسبة من الاشارة إلى ما جاءت به القواعد الخاصة بها جميعها .

وبعد فاننى إذ أخرج هذا العمل المتواضع إلى المشتغلين بالقانون عامة ، ومن يهمهم الأمر فى دراسة مسائل الأحوال الشخصية خاصة ، آمل أن يحوز الرضا . ولا أدعى أننى قد بلغت به درجة الكمال ، فالنقص من صفات البشر .

المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

١ — توحيد جهات القضاء فى مصر وأهميته : أدت ظروفنا السياسية والدينية فيما مضى إلى تعدد جهات القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية ، فقد كانت هناك جهات قضاء خاصة بالأجانب وأخرى خاصة بالمصريين ، وقد تعددت هذه الجهات الأخيرة فوجدت المحاكم الشرعية للفصل فى منازعات الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين ، والمجالس الملية للفصل فى المنازعات الخاصة بالمسيحيين . وقد تعددت المجالس الملية بالنسبة للطوائف المسيحية . كما وجد إلى جانب ذلك المحاكم الشرعية للفصل فى المنازعات الخاصة باليهود .

وقد استمر ذلك الوضع الشاذ فى مصر رغم ما ترتب عليه من مساوىء أدت فى كثير من الأحيان إلى الفوضى والإضرار بالمتقاضين ، ورغم منافاته لقواعد القانون العام التى تقضى أن تكون سيادة الدولة تامة ومطلقة داخل بلادها ، كما تقضى بأن يخضع جميع السكان على اختلاف جنسياتهم لقوانين البلاد ومحاكمها ، ولجهة قضائية واحدة ، بصرف النظر عن نوع المسائل التى تتناولها خصوماتهم أو القوانين التى تطبق عليهم[١] . على أن شذوذ ذلك الوضع وما ترتب عليه من مساوىء كان مثارا للنقد الشديد ، فنادى الفقهاء دائماً بإلغائه[٢] إلى أن تحقق لهم ما أرادوا ، وتم الخلاص منه بالتدريج .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

(٢) والواقع أن القضاء ذاته قد ندد بتعدد جهات القضاء ، وطالب بالتخلص منه . وفيما قررته محكمة النقض عندنا فى أحد أحكامها ما يكشف عن ذلك إذ قالت : « ... وإن من ==

ففى خطوة أولى استردت الدولة سلطانها الكامل فى القضاء بالنسبة للأجانب ، وأصبحت المحاكم المصرية صاحبة الاختصاص فى الفصل فى جميع منازعاتهم ، سواء ما تعلق منها بالأحوال الشخصية أو بغيرها ، مع مراعاة مبادىء القانون الدولى الخاص فى هذا الشأن والتى تقضى بأن يخضع الأجانب لقوانينهم الخاصة فى مسائل الأحوال الشخصية[1] . ذلك أن المادة ١٢ من قانون نظام القضاء (القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩) قد نصت على أنه : « تختص المحاكم بالفصل فى جميع المنازعات وفى المواد المدنية والتجارية ، وفى جميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص » . ونصت الفقرة الثانية من المادة نفسها أنه : « كذلك تختص المحاكم بالنسبة إلى غير المصريين بالفصل فى المنازعات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية » . وبذلك صارت المحاكم المصريه مختصة بنظر المنازعات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب ، أو بحسب عبارة المادة نفسها لغير المصريين. أما بالنسبة للمصريين ، فقد ظل الوضع الخاص بهم قائماً إلى أن امتدت إليه يد الإصلاح ، وصدر القانون رقم ٤٦١ والقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥[2] بقصد توحيد جهات القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية .

= يتتبع أدوار هذه الدعوى ، ويرى أنها طافت بمجلس الطائفة القبطية الابتدائى والاستئنافى ، ثم بالمحكمة الأهلية الابتدائية وبالاستئناف ، ثم بمحكمة النقض ، ثم أنها ستطوف بالمحكمة الشرعية لتعود بعد للمحكمة الأهلية — من يتتبع هذه الأدوار ، ويكن مشفقاً على مصالح الأهلين ، لا يلبث أن يتوجه لذوى الأمر فى البلاد بتهم أن قد آن الأوان من زمن طويل لتوحيد جهات التقاضى ، بحيث ينظر القضاء بمينه فى الأحوال الشخصية لكافة المصريين من مسلمين وغير مسلمين ، كما ينظر فى الأحوال العينية . وإن كل تراخ فى تحقيق هذه الأمنية ضار أعظم الضرر بالمتقاضين بل وبمصالح البلاد » (نقض فى ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤) .

(١) أنظر المواد ١١ وما يليها من القانون المدنى المصرى .

(٢) الوقائع المصرية العدد ٧٣ مكرر (ب) فى ٢٤ سبتمبر سنه ١٩٥٥

وقد نص القانون رقم ٤٦١ فى مادته الأولى على أن يستبدل بنص المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ ، السالفة الذكر ، النص الآتى : « تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات فى المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والوقف والولاية عليه ، وجميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص » . ومن هذا النص يتضح لنا أن المشرع لم يعد يقصر اختصاص المحاكم بمسائل الأحوال الشخصية على الأجانب فقط ، بل أصبحت تختص كذلك بكل ما تعلق بهذه المسائل أيضاً بالنسبة للمصريين .

أما القانون رقم ٤٦٢ فقد قضى بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية بصفة عامة ، وإحالة الدعاوى التى كانت منظورة أمامها إلى المحاكم الوطنية . فنص فى مادته الأولى على أن « تلغى المحاكم الشرعية والمحاكم الملية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ وتحال الدعاوى المنظورة أمامها لغاية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ إلى المحاكم الوطنية لاستمرار النظر فيها وفقاً لأحكام قانون المرافعات ، وبدون رسوم جديدة » . ووضع القانون بعد ذلك تنظيما لاحالة الدعاوى التى كانت منظورة أمام المحاكم الشرعية والملية وقت صدوره ، فقرر فى المادة الثانية منه أن «تحال الدعاوى التى تكون منظورة أمام المحكمة العليا الشرعية أو أمام الدائرة الاستئنافية بالمجالس الملية إلى محكمة الاستئناف الوطنية التى تقع فى دائرتها المحكمة الابتدائية التى أصدرت الحكم المستأنف »[1] . كما قرر أيضاً أن « تحال الدعاوى التى تكون منظورة أمام المحاكم الكلية إلى المحكمة الابتدائية الوطنية المختصة ،

---

(١) انظر فى هذا الصدد حكم النقض فى ٢٨ نوفمبر ١٩٥٧ قضية رقم ٣٣ س ٢٦ ق مجموعة المكتب الفنى س ٨ عدد ٣ رقم ٩٦ ص ٨٥٨ ، وانظر الأحكام الأخرى المشار إليها بهامش ص ٨٥٨ .

وتحال الدعاوى المنظورة أمام المحاكم الجزئية الشرعية أو الملية إلى المحاكم الجزئية أو الابتدائية الوطنية المختصة » . هذا بالنسبة للدعاوى التى كانت منظورة أمام المحاكم الشرعية أو الملية .

أما بالنسبة للدعاوى الجديدة فقد نص القانون على وجوب إقامتها رأساً أمام المحاكم الوطنية ، إذ تقرر المادة ٣ من القانون أن « ترفع الدوعاى التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو التى كانت من اختصاص المجالس الملية إلى المحاكم الوطنية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ » .

ومن هذا نرى أنه بصدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد تحقق للمحاكم العادية سلطان كامل بالنسبة للمنازعات بين جميع المصريين ، مسلمين وغير مسلمين ، بعد أن تحقق لها هذا السلطان من قبل بالنسبة للأجانب على اثر انتهاء فترة الانتقال وإلغاء المحاكم المختلطة والقنصلية ، إذ أصبح لها ولاية الفصل فى منازعات الأجانب على اختلاف أنواعها بما فى ذلك مسائل الأحوال الشخصية.(١)

---

(١) وقد أنهى القانون ٤٦٢ ولاية المحاكم الشرعية والملية جميعا ، وأصبح الاختصاص فى مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بجميع الطوائف فى مصر للمحاكم المدنية ، ولذلك فلم يعد للمحكمة الكنسية الرسولية أية ولاية قضائية فى نظر دعوى بطلان الزواج المعقود بين مسيحيين . وإذا كان هناك دعوى أخرى مرفوعة أمام المحاكم المدنية بتطليق الزوجين ، فانه لم يعد محل للقول بوجود دعويين أمام جهتين قضائيتين مما نصت عليه المادة ١٩ من قانون نظام القضاء » (نقض فى ٢٥ فبراير ١٩٥٦ المحاماة س ٣٧ رقم ٨٨ ص ١٦٦) فالإلغاء يشمل جهات القضاء التى كانت تفصل فى مسائل الأحوال الشخصية للمصريين عموما » ، « ولا يقدح فى هذا النظر القول بأن المحاكم الكنسية لا تدخل فى عداد المجالس الملية الملغاة » (محكمة الجيزة الابتدائية للأحوال الشخصية ، بهيئة استئنافية ، فى القضية رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٦ ، حكم فى ١٢ فبراير ١٩٥٧ — غير منشور) . وانظر كذلك القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٨/٦/١٦ رقم ١٦٠٣ س ٥٧ صالح حنفى : المرجع فى قضاء الأحوال الشخصية للمصريين جزء ٢ رقم ٥٤١ ص ٤٠٤ .

وقد حقق توحيد جهات القضاء فى مصر ابتداء من أول عام ١٩٥٦ أملا طالما رغب الجميع فى تحقيقه ، فطالما تمنى رجال القانون توحيد جهات القضاء وبسط ولاية المحاكم على كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية للمصريين ، بعد أن ظل القضاء فيها موزعا بين شتى الجهات حتى ذلك الحين ، رغم ما كان يعتور هذا النظام من مساوىء ، ورغم ما ترتب على تعدد جهات القضاء من تنازع فى الاختصاص، وتضارب فى الأحكام . وقد أبانت المذكرة الايضاحية للقانون ٤٦٢ السالف الذكر عن مساوىء الوضع السابق على صدوره ، فذكرت أنه على الرغم من أن مصر قد استردت سلطانها القضائى بالنسبة للأجانب ، فأصبحت المحاكم الوطنية هى التى تقضى فى جميع منازعاتهم حتى ما تعلق منها بالأحوال الشخصية ، إلا أن جهات القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين أنفسهم بقيت متعددة ، وكل جهة تطبق قوانينها ، وتتبع إجراءاتها الخاصة بغير أن يكون هناك صلة تربطها أو هيئة عليا تشرف على قضائها . وتستطرد المذكرة الايضاحية بعد ذلك فتبين أن تعدد الجهات القضائية أدى إلى الفوضى والاضرار بالمتقاضين، حيث استتبع ذلك التعدد رغبة كل جهة فى توسيع دائرة اختصاصها والاعتداء على سلطة غيرها ، خصوصاً مع عدم وجود حدود دقيقة أو ثابتة لاختصاص كل منها ... وقد أدى ذلك إلى « تنازع المحاكم فيما بينها ، وتعدد الأحكام التى تصدر فى النزاع الواحد ، وبقى المتقاضون يستعدون محكمة على أخرى ، وظل مصير الحقوق رهيناً بهوى الظروف ، يتحكم فيه لدى الخصومة ، وهكذا تكدست الأحكام المتناقضة بالمئات تلتمس مخرجاً إلى تنفيذ ولا مخرج »[1]

ثم أبانت المذكرة الايضاحية بعد ذلك شذوذ الابقاء على النظام السابق

(١) المذكرة الايضاحية للقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

وعدم اتفاقه مع السيادة القومية فقالت : « وانه من الشذوذ بمكان أن يظل الوطنيون من المنتمين إلى الطوائف الملية غير الاسلامية محتفظين باستثناءات قضائية كانت فى كثير من الحالات عنواناً على الفوضى .. وليس يتفق مع السيادة القومية فى شىء أن تصدر أحكام فى ألصق المسائل بذات الانسان من جهات قضائية غير مسئولة ولا مختارة من جانب الحكومة ، أو أن تكون تلك الجهات خاضعة لهيئات أجنبية تباشر أعمالها خارج حدود البلاد ، كما هو الحال بالنسبة لبعض الطوائف التى يرفع الطعن فى أحكامها إلى محكمة روما . وليس أقل من كل أولئك مساساً بالسيادة أن يلى القضاء فى بعض المجالس الطائفية أجانب لا يعرفون لغة المتقاضين ويصدرون أحكامهم بين المصريين بلغة غير لغتهم » .

كما نوهت المذكرة الايضاحية بقصور الوضع السابق عن الاستجابة لمطالب المتقاضين وحمايتهم ، وبخاصة إزاء انعدام وسائل التيسير وضمانات التقاضى ، فقد وجد للطوائف غير الاسلامية مجالس ملية متعددة ، بعضها لا ينعقد إلا فى فترات متباعدة ، أو فى أمكنة بعيدة عن محل إقامة المتقاضين ، وفى ذلك من العنت والارهاق ما يجعل التقاضى عسيراً على بعض الناس . يضاف إلى ذلك صعوبة وقوف المتقاضين على القواعد الموضوعية التى كانت تطبقها تلك المجالس ، فكثير من تلك القواعد لم يكن مدوناً ، وليس من اليسير أن يهتدى إليها عامة المتقاضين وهى مبعثرة فى مظانها بين متون الكتب السماوية وشروح وتأويلات لبعض المجتهدين من رجال الكهنوت ، مبعثرة فى كتب لاتينية أو يونانية أو عبرية أو سريانية أو أرمنية أو قبطية لا يفهمها غالبية المتقاضين . ولم يقتصر الأمر على ذلك ، فقد كانت قواعد تشكيل المحاكم الطائفية واجراءات الترافع ونظر الدعاوى وتحرير الأحكام وطرق الطعن فيها لا تنتظمها وحدة ، ولا يتوفر لها الاستقرار ، إلى غير

ذلك مما يدعو إلى تزعزع الثقة بأحكام القضاء وإرهاق المتقاضين[١] .

إزاء تلك الأوضاع الشاذة ، من تعارض الأحكام وافتئات على سيادة البلاد وإضرار بالمتقاضين أنفسهم كان لابد من أن تمتد يد المشرع بالاصلاح . وهذا ما تم بالقانون السالف الذكر ، « إذ رأت الحكومة لزاماً عليها إزاء ماهو مشهود من عيوب نظام القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية أن تعالج الأمر علاجاً يحسم أسباب الشكوى ويبسط ظل الاصلاح بتوحيد نظام القضاء والمحافظة على الحقوق وصيانتها وتوزيع العدالة توزيعاً يظفر بثقة المتقاضين ويضع حداً للحالة المتقدمة ، وهى تمس الانسان فى أدق المشاعر ، والعائلات فى أدق العلاقات ، وتؤثر فى أخلاق الأفراد والاداة الاجتماعية »[٢] .

والواقع انه إذا كانت هناك أحداث هامة فى تاريخ التطور القضائى فى مصر فإن توحيد جهات قضاء الأحوال الشخصية يعتبر بلاشك من أهمها ، فقد قضى به على كثير من المساوىء التى كانت نتيجة طبيعية لتعدد تلك الجهات واختلاف القواعد التى كانت تطبقها . ولاشك أنه إذا كان لهذا التوحيد فوائده فى القضاء على ما ترتب عليه من مساوىء ، فانه قد تحقق به خير كثير ، وخاصة بالنسبة لغير المسلمين أنفسهم أبناء الطوائف الملية المتعددة التى وجدت فى مصر ، فقد كانوا فى ظل الوضع السابق ـ كما قدمنا ـ لايجدون الحد الأدنى من عوامل التيسير وضمانات التقاضى ؛ فالى جانب غموض القواعد التى كانت تطبقها المجالس الملية كانت اجراءات التقاضى غير ثابتة ، ولا تتوافر فى القضاة الشروط الأساسية لتولى القضاء ولا الضمانات اللازمة لاستقلاله ورفعه عن التحيز بابعاده عن المؤثرات التى تحيط

---

(١) أنظر المذكرة الايضاحية للقانون سالف الذكر .

(٢) المذكرة الايضاحية .

به من كل جانب (١). يضاف إلى ذلك انعدام الرقابة على أعمال تلك الجهات القضائية فلم يكن هناك تفتيش أو محاكم عليا تراجع أحكامها ، وتضمن للمتظلم عدلا وانصافا ، كما هو الحال بالنسبة لمحاكم الدولة المنظمة ، ورغم مالهذه الأخيرة من قوانين ثابتة واجراءات معينة وقضاة تتوافر فيهم الضمانات اللازمة (٢).

---

(١) احمد صفوت : قضاء الأحوال الشخصية للطوائف الملية ، الطبعة الثانية ١٩٤٨ ، ص ١١٣

(٢) المرجع السابق ص ١١٤ : وانظر أهم العيوب الاساسية في نظام تعدد جهات القضاء الملي ، ص ١١٤ — ١١٧ من نفس المرجع ، وما أشار اليه المؤلف كذلك من أقوال بعض رجال القانون في مذكراتهم إلى لجنة الامتيازات سنة ١٩١٨ في ص ١١٣ — ١١٤ وما قاله المسيو بيولا كازللي في هذا الصدد من أن ترك العدالة على هذا الحال إلى الطوائف الصغرى تديره وتستقل به « هو نقطة سوداء في النظام القضائي » .

هذا ، وقد بذلت جهود لتنظيم جهات قضاء الاحوال الشخصية لغير المسلمين ولكنها كانت محاولات لم يكتب لها الخروج الى حيز التنفيذ. ففي سنة ١٩٣٦ صدر مرسوم بقانون رقم ٤٠ بترتيب محاكم الاحوال الشخصية نشر في الجريدة الرسمية في ٦ مايو سنة ١٩٣٦ وحدد لتنفيذه أول مارس ١٩٣٧ ، ولكنه ألغي لسحبه قبل هذا التاريخ . وكانت أحكام هذا المرسوم تقضي بأن تظل محاكم الطوائف الملية لغير المسلمين المعترف بها قائمة في الحدود التي رسمت لها ، وتختص بالنظر في دعاوى المصريين غير المسلمين المنتمين إلى طائفة واحدة فيما يتعلق بالاحوال الشخصيه .. وقرر المرسوم أن تختص المحاكم الاهلية بمسائل الاحوال الشخصيه اذا امتنعت المحاكم المليه عن الحكم بعد أن تثبت محكمة النقض ذلك ، وقضى بانه بعد امتناعا عن الحكم التسويف الطويل بلا مسوغ . وقد كان المرسوم يجعل من محكمة النقض هيئة تقضي في تنازع الاختصاص بين محاكم الاحوال الشخصية في مصر ، فتحدد أي المحاكم المتنازعة أولى بالاختصاص ، وأي الاحكام الصادرة أولى بالتنفيذ ويجوز لها بصفة استثنائية ان تامر باتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية . كما قضى المرسوم ايضا بان تغيير الدين أثناء سير الدعوى لايؤثر في اختصاص المحكمة التي رفع اليها النزاع ولا في الشريعة الواجبة التطبيق .

وفي سنة ١٩٣٩ تكررت المحاولة مع مراعاة التدرج في تنظيم المحاكم الملية لغير المسلمين فاعدت وزارة العدل مشروعا اقتصر فيه على أمرين .

الأول : تنظيم محاكم الطوائف الملية من طريق وضع مبادىء مشتركة تنطبق عليها جميعا

٢ — بقاء القواعد الموضوعية كما كانت رغم ضرورة توحيدها وتنظيمها :

على أن مساوىء النظام السابق لم تقتصر على تعدد جهات القضاء وما ترتب عليه كما بينا ، وإنما استتبع ذلك التعدد تعدد القواعد الداخلية التى كانت تطبقها كل جهة من تلك الجهات . وإذا كان الدين سببا فى أن يكون لكل جماعة دينية قواعد خاصة تحكم مسائل الاحوال الشخصية ، فان الامر لم يقتصر على ذلك ، لأن أبناء الدين الواحد تفرقوا إلى مذاهب وطوائف ، فصار لكل طائفة منها أحكام خاصة بها تطبق على من ينتمون اليها فى مسائل أحوالهم الشخصية؛ وبذلك تعددت القواعد المطبقة فى هذا الصدد وكانت النتيجة فى نهاية الأمر أن وجدت قواعد خاصة بالمسلمين وأخرى خاصة بالمسيحيين على اختلاف مللهم وطوائفهم ، وكذلك الحال بالنسبة اليهود .

وإذا كان توحيد القضاء فى مسائل الاحوال الشخصية بالغاء المحاكم الشرعية

= ضماناً لحسن قيامها بتوزيع العدل ، كأن تدون باللغة العربية ، وتنشر الاحكام التى يجب على تلك المحاكم تطبيقها ، وأن تحرر أحكامها باللغة العربية ، وألا يجوز لغير المصريين ولاية القضاء فيها ، وألا يجوز الطعن فى احكامها امام محكمة أو هيئة غير مصرية .

الثانى : إنشاء مجلس للفصل فيما يقع بين محاكم الأحوال الشخصية جميعا من تنازع بشأن الاختصاص ، أو تضارب الأحكام بحيث تعرض عليه المنازعات المترتبة على عرض النزاع نفسه أمام محكمتين مليتين أو أمام محكمة ملية ومحكمة شرعية ، أو على قضاء محكمتين أو أكثر لعدم الاختصاص ، أو المنازعات المترتبة على صدور أحكام متعارضة منها . وقد روعى فى تأليف مجلس تنازع الاختصاص أن يكون جميع أعضائه من رجال المحاكم المتنازعة يضم إليهم مستشار بمحكمة النقض ويرأس المجلس رئيس محكمة النقض .

وقد قدم هذا المشروع فعلا للبرلمان باسم الحكومة بمرسوم صدر فى ٦ مايو سنة ١٩٣٩ وأحيل إلى مجلس الشيوخ وبدأ فى بحثه ، إلا أن الحكومة استردته بمرسوم آخر فى ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ (الدكتور عبدالمنعم رياض : أصول القانون الدولى الخاص ، الطبعة ٢ سنة ١٩٤٣ هامش ٢ ص ١٦٨ — ١٦٩) .

والمجالس الملية قد خطا بنا خطوة طيبة نحو الامام فى سبيل الارتقاء بنظامنا القضائى، فان هذا التوحيد لم يقض على المشكلة من دابرها، فقد كان من اللازم أيضاً توحيد القواعد الموضوعية التى تطبقها الطوائف المختلفة بقدر المستطاع، حتى تتحقق بذلك المساواة بين الجميع وحتى تزول الصعوبات التى يلاقيها المتقاضون فى سبيل التعرف على مالهم وما عليهم، وخاصة بالنسبة لغير المسلمين من المصريين. فقد حرص المشرع فى القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على أن يكفل احترام ولاية القانون الواجب التطبيق حتى لا يكون هناك اخلال بحق أى فريق من المصريين مسلمين أو غير مسلمين فى تطبيق شريعة كل منهم. ومعنى ذلك أنه إذا كان الاختصاص فى مسائل الاحوال الشخصية قد تركز الآن فى أيدى المحاكم العادية، إلا أنه بالنسبة للقواعد الموضوعية ينبغى أن يطبق على كل جماعة قواعد الأحوال الشخصية الخاصة بها.

فبالنسبة للمنازعات المتعلقة بالاحوال الشخصية للمسلمين نصت الفقرة الاولى من المادة ٦ من القانون ٤٦٢ على أن «تصدر الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية والوقف والتى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة». ومعنى ذلك أن تصدر الاحكام طبقا للمدون فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وطبقا لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة، ماعدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد، كما تقضى المادة ٢٨٠ من اللائحة، والتى أشار اليها نص المادة ٦ السالف الذكر. وعلى ذلك فقواعد الشريعة الاسلامية ستظل مطبقة أمام المحاكم العادية حتى بعد إلغاء المحاكم الشرعية. ومما لا جدال فيه أن أحكام الشريعة الاسلامية التى يتعين على المحاكم تطبيقها قد أصبحت ميسرة فى الوقت الحاضر، بفضل ماقام به فقهاء تلك الشريعة وأساتذتها من بحوث،

وبفضل تنظيم كثير من القواعد التى كانت تطبقها المحاكم الشرعية فى مسائل الاحوال الشخصية ، وهذا مالم يتيسر بالنسبة للطوائف الملية الأخرى . وقد أصدر المشرع لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها وذلك بالمرسوم رقم ٧٨ فى ١٢ مايو سنة ١٩٣١ ، كما أنه تناول بعض الأحكام الموضوعيـة فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، فعالج المسائل المتعلقة بالنفقـة والعدة والطلاق والفرقة بين الزوجين للاعسار وعدم الانفاق ولغيبـة الزوج وللاضرار بالزوجة بما لايستطاع معه دوام العشرة . هذا بالنسبة للمسلمين .

« أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هـذا القانون ، فتصدر الأحكام ، فى نطاق النظام العام ، طبقا لشريعتهم » (الفقرة الثانية من المادة ٦ من القانون ٤٦٢). فهذا النص ـ كما هو الشأن بالنسبة للفقرة الأولى من نفس المادة ـ يبين القانون المختص فى مسائل الأحوال الشخصية ، ولـكنه لايتعرض لبيان الأحكام الموضوعية ، بل أحال فى شأنها إلى شرائع غير المسلمين طبقا للشروط التى حددها . فاذا كان القانون الذى يرجع اليه فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للاجانب هو قانون الجنسية ، كما تقضى بذلك قواعد القانون الدولى الخاص ، فان القانون الذى يحكم هذه المسائل بالنسبة للمصريين هو قانونهم الدينى . إلا أن الوضع بالنسبة لشرائع غير المسلمين يختلف تماما عنه بالنسبة للقواعد التى ينبغى تطبيقها لدى المسلمين ، أى قواعد الشريعة الاسلامية . ذلك أنه إذا كانت الشريعة الاسلامية قد لقيت عناية الفقهاء والباحثين ، فان الأمر لم يكن كذلك بالنسبة لشرائع غير المسلمين ، وعلى وجه الخصوص فى مسائل الاحوال الشخصية . ومن ناحية أخرى لم يعن المشرع بتنظيم أحكامها

كما فعل بالنسبة للشريعة الاسلامية - كما أن دراسة الأحكام الخاصة بشرائع غير المسلمين وبصفة خاصة من المصريين [1]، لم تقرر ضمن برامج الدراسة فى كليات الحقوق إلا على أثر توحيد جهات القضاء بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ [2] .

ولذلك لم يكن غريباً أ تدون كثير من الاحكام الخاصة بشرائع غير المسلمين فيما يتعلق بمسائل أحوالهم الشخصية ، فكان أكثر المجالس الملية يطبق فيما يطرح أمامه من منازعات قواعد غير مدونة ،ولم يكن يتيسر لعامة المتقاضين الاهتداء إليها ، بل كانت -كما تقول المذكرة الايضاحية للقانون ٤٦٢ - «مبعثرة فى مظانها بين متون الكتب السماوية وشروح وتأويلات لبعض المجتهدين من رجال الكهنوت ، مبعثرة فى كتب لاتينية أو يونانية أو عبرية أو سريانية أو أرمنية أو قبطية ، لا يفهمها غالبية المتقاضين » .

---

(١) إذ أن مادة الأحوال الشخصية كان قد بدىء فى تدريسها ببعض كليات الحقوق عندنا قبل هذا التاريخ . فقد أدخلت ضمن برامج الدراسة فى كليات الحقوق بجامعة الاسكندرية ثم فى جامعة القاهرة . ولكن هذه الدراسة اقتصرت على الأجانب فقط دون التعرض لأحكامها لدى غير المسلمين من المصريين .

(٢) ولعل عدم تدريس هذه المادة ضمن برامج كليات الحقوق — كما هو الشأن بالنسبة لأحكام الشريعة الاسلامية — كان هو العامل الأساسى فى ترك العناية باحكامها وبحثها . والدليل على صحة هذا النظر أنه فى السنوات القليلة الماضية التى درست فيها مادة الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، ظهرت مؤلفات يمكن أن يقال بحق إنها أوضحت معالم هذه المادة ، بل وأرست الأسس التى تقوم عليها ، ورسمت الخطوط الرئيسية لما يمكن أن يسلكه أى تشريع تتجه الدولة الى اخراجه فى هذا الصدد .

والحقيقة أنه — كما قيل بحق (انظر الدكتور أحمد سلامه : الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين وللأجانب ، الطبعة الثانية ١٩٦٢ بند ١ ص ٦) — لم يكن هناك ما يمنع من تدريس هذه القواعد « فهى قواعد مصرية ، تنطبق على علاقات مصريين » .

على أنه إذا كانت مسائل الاحوال الشخصية قد ظلت متروكة للشرائع الدينية المختلفة تطبق فيها الشريعة الاسلامية من جهة والشريعة المسيحية واليهودية من جهة أخرى ، وكانت أحكام الشريعة الاسلامية قد اتضحت وأصبحت معروفة يستطيع الجميع الوقوف عليها ، فقد كان من اللازم القيام بدور إيجابى فى هذا الصدد بالنسبة لشرائع غير المسلمين . حقاً إن الامر ليس هيناً نظراً لانقسام غير المسلمين فى مصر إلى طوائف وملل متعددة لكل طريقها الخاص، ولعل هذا هو السر الذى من أجله تردد المشرع فى وضع قواعد خاصة تحكم مسائل أحوالهم الشخصية، أو فى توحيد مسائل الاحوال الشخصية بالنسبة للمصريين جميعاً . قد يقال إن المشرع لم يخاطر بالاقدام على مثل هذا العمل نظراً لتلك العقبات الناشئة عن تعدد الطوائف وتباين القواعد الخاصة بكل منها عن غيرها ، وأن المشرع قد يواجه بالقول بأن مسائل الزواج والطلاق من المسائل التى تتصل بالعقيدة الدينية ، وأن التدخل فيها يمس تلك العقيدة . إلا أن ما يثار من عقبات فى هذا الصدد لا يمكن أن يقف على قدميه إزاء شذوذ ذلك الوضع حيث تتعدد الشرائع التى تحكم أبناء الوطن الواحد بل وأبناء الديانة الواحدة ، فى الوقت الذى يتجه فيه التنظيم القانونى فى الدول الحديثة إلى وحدة التشريع المطبق فى نوع واحد من المسائل بالنسبة لكل رعايا الدولة [1] .

وإذا كان توحيد القواعد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية أمراً مرغوباً فيه ، نظراً لما له من مزايا، ولمسايرته التنظيم القانونى فى الدول الحديثة ، فان من

---

(١) أنظر الدكتور جميل الشرقاوى : الأحوال الشخصية لغير المسلمين الكتاب الثانى (١٩٥٨) ص ٣ .

الممكن الوصول اليه ، على أن يراعى فى ذلك تفادى كل ما يمس العقيدة الدينية لأية طائفة من الطوائف فى مصر . ولا شك أن هناك من المسائل المتعلقة بالزواج وآثاره ما يمكن توحيدها دون إثارة أدنى صعوبة لعدم مساسها بالعقيدة الدينية فى شىء ، وذلك مثل النفقة والنسب والحضانة والمهر والجهاز والنظام المالى للزوجين. أما المسائل الاخرى التى تمس العقيدة الدينية ويختلف فيها حكم الديانات ، فهى ليست بالمسائل العديدة ، ومن ذلك مثلا حالة تعدد الزوجات وإباحة الطلاق وحالاته. فمن الممكن بالنسبة لها أن توضع قواعد خاصة لكل شريعة دينية ، وذلك بما يتفق وأرجح المذاهب فى الديانة ، بغض النظر عن الخلافات المذهبية ، لأنها خلافات لا تتصل إلى جوهر العقيدة وترجع إلى اختلاف وجهات النظر فى التفسير [1] .

ولقد نادى الفقه بضرورة توحيد مسائل الأحوال الشخصية والقضاء على تعدد التشريعات الواجبة التطبيق فيها ، وإذا كانت أصواتهم قد ارتفعت مطالبة بذلك قبل صدور القانون ٤٦٢ فانها قد صارت أكثر تحمساً بعد صدوره [2]،

---

(١) أنظر فى هذا المعنى ؛ المستشار حلمى بطرس فى محاضراته : أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين (١٩٠٦ – ١٩٠٧) ص ٧ – ٨ ؛ وانظر أيضا : الدكتور جميل الشرقاوى « فى الأحوال الشخصية لغير المسلمين » الكتاب الثانى (١٩٠٨) ص ٤ ، حيث يقول ان الكثيرين يأملون زوال تعدد التشريعات فى مسائل الأحوال الشخصية ، رغم ما قد يثار فى سبيل تحقيقه من عقبات ناشئة من الخلاف الجوهرى بين قواعد الأديان المطبقة حول بعض المسائل ، كالطلاق ، وذلك على اساس ان تنظيم هذه المسائل تشريعيا يجب ان يقوم على الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية وغيرها دون تأثر بالعقيدة الدينية . ويضيف الدكتور جميل الى ذلك (بهامش الصفحة نفسها) ان كل الدول الأوروبية تقريبا تطبق فيها قوانين مدنية موحدة فى مسائل الأحوال الشخصية بصرف النظر عن اختلاف القواعد الدينية المتعددة التى تفرضها ديانات او مذاهب افرادها — (انظر الهامش سالف الذكر).

(٢) انظر فى هذا : احمد صفوت : قضاء الأحوال الشخصية للطوائف الملية ، المرجع السابق ، ١١٧ ، حلمى بطرس ؛ المرجع السابق ، ص ٨ ؛ الدكتور عبد المنعم =

فقد اتخذ المشرع الخطوة الأولى فى سبيل القضاء على وضع شاذ طالما تمنى الجميع زواله ، وقد آن له أن يتبع تلك الخطوة بثانية ، فيضع قواعد موحدة للجميع ، وبذلك تهيأ الفرصة للمتقاضين لكى يقفوا على مالهم وما عليهم ، وتتحقق وحدة القانون بالنسبة لجميع المواطنين .

وقد اتخذت الرغبة فى توحيد قواعد الأحوال الشخصية دوراً إيجابياً ، إذ تألفت لجنة لوضع مشروع قانون مصرى للأحوال الشخصية ، خاص بالمسلمين ومشروع آخر خاص بغير المسلمين[1] ، ويبدو أن هذا الأخير سيكون قاصراً على الزواج وما يتعلق به . وهو موحد فى قواعده بالنسبة لجميع غير المسلمين سواء من المسيحيين جميعاً أو من اليهود . ويبدو أن عماد المشروع الموحد لغير المسلمين هى القواعد المعمول بها لدى طائفة الاقباط الأرثوذكس ، باعتبارها الطائفة التى تمثل أكثرية غير المسلمين . والواقع أن هذا الاتجاه يعد خطوة جريئة فى سبيل توحيد قواعد الأحوال الشخصية ـ فى النطاق الذى سار فيه المشروع ، وهو الزواج وما يتصل به ـ أما ما عدا ذلك من مسائل الأحوال الشخصية ، فانه يبدو أن قواعدها ستكون موحدة بالنسبة للجميع من مسلمين وغير مسلمين .

ولعل من الأوفق ـ إزاء الرغبة فى توحيد قواعد الأحوال الشخصية ـ أن تتوحد اللجنتان اللتان عهد اليهما باعداد المشروع الخاص بالأحوال الشخصية

= البدراوى : المدخل لقانون الخاص الطبعة الأولى ١٩٥٧ ، فقرة ١٣ ، الدكتور حسن كيرة : أصول القانون الطبعة الثانيه ١٩٥٨ ، ص ٣٩٤ ؛ الدكتور رمزى سيف : الوجيز فى قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى ؛ الطبعة الأولى ١٩٥٧ فقرة ١٨٢ ص ١٧٧ .

(١) وقد سبقت هاتان اللجنتان بلجنتين أخريين وضعتا مشروعين موحدين للأحوال الشخصية للمسلمين ولغير المسلمين . لكى يعمل بهما فى الجمهورية العربية المتحدة . وقد اتخذ كل من هذين المشروعين — على ما يبدو — أساسا للمشروعين الجارى العمل فيهما فى الوقت الحاضر ، للمسلمين ولغير المسلمين .

للمسلمين والمشروع الخاص بغير المسلمين ، حتى يمكن وضع مشروع واحد ، يضم مسائل الأحوال الشخصية جميعها ، خاصة فى جميع المسائل التى لا تتصل بالعقيدة الدينية . ولا بأس من إفراد باب خاص للمسائل التى قد يثار فيها الأمر بالنسبة للعقيدة الدينية ، وهى مسائل قليلة مثل الطلاق وتعدد الزوجات .

بل ويا حبذا لو ضمت جهود هاتين اللجنتين القائمتين باعداد مشروع الأحوال الشخصية إلى اللجنة التى عهد اليها باعداد مشروع القانون المدنى، فيخرج بذلك القانون المدنى كاملا يضم بين دفتيه الأحوال الشخصية والأحوال العينية على غرار التقنينات الحديثة .

على أنه لما كان من نتيجة توحيد جهات الاختصاص فى مسائل الأحوال الشخصية أن أصبحت المحاكم الوطنية تطبق الشرائع الدينية المختلفة ، وقد كانت — كما قدمنا — قواعد غامضة مشتتة لا يسهل الوقوف عليها فى كثير من الأحيان ، مما قد جعل مهمة المحاكم عسيرة — رغم ما قامت به من جهود مشكورة حتى الان — فإن مهمة الباحثين ورجال الفقه لا تزال جوهرية فى هذا الصدد . وقد عرض على القضاء مشاكل كثيرة وضع لها الحلول ، كما بذل الفقه من جانبه ، كل جهد فى رسم الخطوط الهامة لموضوعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين واستجلى قواعدها وأحكامها خلال تلك الفترة القصيرة من تدريس هذه المادة فى كليات الحقوق .

والواقع أن الدراسات الفقهية كان لها كبير الأثر فى النهوض بهذه المادة وذلك بالتعاون مع القضاء . وإذا كان الاتجاه إلى اخراج تشريع ينظمها ، فليس معنى ذلك التقليل من الدراسات الفقهية وبصفة خاصة على النهج الذى سار عليه الفقه فى صدد هذه المادة ، إذ أنه يوجه عنايته إلى المصادر المختلفة لأحكام

الاحوال الشخصية لدى الطوائف المختلفة من غير المسلمين ، من حيث المصادر الدينية والتقاليد التى جرى عليها العمل عند أبناء الطوائف المختلفة. وهذه دراسة أساسية لازمة لفهم كثير مما يمكن أن يقنن من أحكام . ولذلك فاننا نرى أن الدراسات الفقهية على النحو الذى تسير فيه ستظل لها أهميتها حتى ولو صدر تشريع فى هذا الصدد .

٣ـ خطة الدراسة : قبل أن نعرض لدراسة القواعد الموضوعية فى الأحوال الشخصية لدى غير المسلمين من المصريين ، يتعين أن نعرض أولا لتحديد المقصود باصطلاح الاحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ، نظراً لضرورة هذا التحديد وأهميته فى التوصل إلى معرفة القواعد الواجبة التطبيق فى المنازعات التى تعرض على القضاء . ذلك أن المشرع قد أوجب أن تطبق على غير المسلمين من المصريين شريعتهم ، وذلك كلما تعلق الأمر بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية. ولذلك كان من المتعين أن نحدد أولا المقصود بالاحوال الشخصية والمقصود بغير المسلمين من المصريين توصلا إلى تطبيق شريعتهم ، كما نحدد كذلك ما يعتبر شريعة عندهم وشروط تطبيق هذه الشريعة .

وسنعرض لكل هذا فى الكتاب الأول من هذا المؤلف . والواقع كما يبدو أن دراسة تلك الموضوعات تعتبر أساسا لازما لكى نتوصل إلى تطبيق القواعد الموضوعية للطوائف المختلفة من غير المسلمين عندنا ، فهى تعد بمثابة قوعد عامة تسرى أحكامها على الجميع ، كما سنرى .

وإذا ماانتهينا من دراسة المبادىء العامة فى الكتاب الأول وتحددت القواعد الواجبة التطبيق ، كان من اللازم أن نعرض لتلك القواعد بالنسبة لغير المسلمين من المصريين . وهى كلها تدور حول الزواج وما يتصل به أو يتفرع عنه سواء فى الشريعة المسيحية على اختلاف مذاهبها وطوائفها أم فى الشريعة اليهودية .

الكتاب الأول

القواعد العامة فى دراسة الاحوال الشخصية

تحديد المقصود بالأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين وما يعتبر شريعة عندهم ، وشروط تطبيق هذه الشريعة

تمهيد

٤ - **خطة الدراسة وتقسيم البحث :** يجمل بنا قبل أن نتعرض لدراسة أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين أن نحدد أولا ماهو المقصود بعبارة الأحوال الشخصية . فاذا ماانتهينا من ذلك كان علينا أن نحدد من هم المصريون غير المسلمين ، وهذا يقتضى أن نقف على الطوائف والملل المختلفة التى توجد فى مصر من غير المسلمين .

على أن تحديد مايدخل تحت مضمون الأحوال الشخصيةمن جهة ،وحصر الطوائف والملل المختلفة للمصريين غير المسلمين من جهة أخرى،لايخلومن فائدة. ذلك أن القانون يستلزمأن تصدر الأحكام فى منازعات الأحوالالشخصيةالخاصة بهم طبقا لشريعتهم ، إذ توافرت شروط معينة نص عليها القانون . وهذايقتضى أن نبين ماهى شريعتهم التى يفصل فى المنازعات طبقا لها ، ثم ماهى شروط تطبيق هذه الشريعة .

ومن هذا تتضح خطة البحث التى سنتبعها فى هذا الكتاب ، إذ يستلزم الأمر أن تقسمه إلىفصول أربعة فىالفصل الأول نحددالمقصود باصطلاح الأحوال الشخصية ، وفى الفصل الثانى نبين المقصود بالمصريين غير المسلمين ، وفى الفصل الثالث نبين ما يعتبر شريعة دينية عندهم ، وفى الفصل الرابع والأخير نبين متى يمكن تطبيق شريعة غير المسلمين من المصريين ، أو بمعنى آخر شروط تطبيق الشرائع الدينية لغير المسلمين من المصريين .

الفصل الأول

تحديد المقصود بالأحوال الشخصية

٥ - أهمية هذا التحديد : يفرق فى نطاق القانون الخاص بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية ، وقد كان لهذه التفرقة أهمية خاصة فى توزيع الاختصاص بين جهات القضاء فى مصر ، إذ كانت مسائل الأحوال الشخصية تدخل فى اختصاص محاكم استثنائية كالقضاء المختلط والقنصلى بالنسبة للأجانب ، والمحاكم الشرعية وجهات القضاء الملى بالنسبة للمصريين ، وقد زال تعدد جهات القضاء على أثر انتهاء فترة الانتقال سنة ١٩٤٩ بالنسبة للأجانب ، ثم بصدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والذى عمل به من أول يناير ١٩٥٦ بالنسبة للمصريين، على النحو الذى بيناه من قبل ، وبذلك توحدت جهات الاختصاص القضائى فى مصر .

أما بالنسبة للاختصاص التشريعى ، وقد كان مرتبطاً - كقاعدة عامة - بالاختصاص القضائى ، فإنه يفرق فى هذا الصدد بين منازعات الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب ، حيث يرجع إلى قواعد القانون الدولى الخاص لكى تبين لنا القانون الواجب التطبيق ، أى تبين لنا القواعد الموضوعية التى تحكم منازعات الأحوال الشخصية الخاصة بهم [1] ، وبين منازعات الأحوال الشخصية الخاصة

---

(١) ولهذا فلن نعرض بالدراسة لقواعد القوانين الأجنبية فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب إلا بصفة عارضة ، فى مجال مقارنتها بالقواعد المصرية ، كما سنرى ذلك بصفة خاصة بالنسبة للقانون الفرنسى والقانون اليونانى . =

بالمصريين . وبالنسبة للمنازعات الخاصة بالمصريين ينبغي أن يراعى أن إلغاء المحاكم الشرعية وجهات القضاء الملي وضم اختصاصها إلى المحاكم الوطنية بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، لم يترتب عليه توحيد القواعد الواجبة التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية. بل إن القانون المذكور أحال القاضي في الفصل في منازعات الأحوال الشخصية بين المصريين بصفة عامة إلى الشرائع الدينية .

فقد نصت المادة ٦ من القانون ٦٤٢ على أن : «تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتي كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية، طبقا لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة . أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدي الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون ، فتصدر الاحكام — في نطاق النظام العام — طبقا لشريعتهم ».

ويبين من نص المادة السادسة أن هناك طائفتين من القواعد الواجبة التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة . الطائفة الأولى تضم القواعد التي كانت تطبقها المحاكم الشرعية في المنازعات التي كانت أصلا من اختصاصها ، وهذه القواعد مبينة في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والتي تقضي

ويكفي أن نبين بصفة عامة أنه يسري على الأجانب القواعد القانونية للدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ، وذلك طبقا لما تقضي به قواعد القانون الدولي الخاص في هذا الصدد . أما القواعد الموضوعية للأجانب . فانه ليس من السهل دراستها ، نظرا لتعددها واختلافها باختلاف الدول . ومن العسير القول بأن بعض قواعد الأحوال الشخصية الخاصة ببعض الأجانب يستحق الدراسة أكثر من غيره ، إذ من المحتمل أن تعرض على القضاء المصري مشاكل متباينة لرعايا دول شتى ، مما يجعل الخيار بين قواعد دولة أو دول معينة أمرا عسيرا ولهذا سنكتفي هنا بدراسة القواعد الموضوعية لغير المسلمين من المصريين ، آملين أن تتاح لنا الفرصة لدراسة بعض التشريعات الأجنبية في هذا الصدد — رغم صعوبة الاختيار كما بينا — في مؤلف مستقل .

بأن « تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ، ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، ماعدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة ، فيجب أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد » . أما الطائفة الثانية ـ والتى أشير اليها فى الفقرة الثانية من المادة ٦ السالفة الذكر ـ فانها تضم القواعد التى كانت تطبقها المجالس الملية ، سواء بالنسبة للمسيحيين على اختلاف طوائفهم وملهم ، أم بالنسبة لليهود ،

وقد حرص المشرع على النص على أن تصدر الاحكام فى منازعات الاحوال الشخصية طبقاً للشرائع الدينية المختلفة « حتى لا يكون هناك إخلال بحق أى فريق من المصريين ، مسلمين وغير مسلمين ، فى تطبيق شريعة كل منهم » [١] . وبذلك كفل المشرع احترام ولاية القانون الواجب التطبيق .

وإذا كانت قواعد الأحوال الشخصية للمصريين بصفة عامة ، مسلمين وغير مسلمين ، من المسائل التى يتعين على جميع المشتغلين بالقانون فى الوقت الحاضر ـ وخاصة بعد توحيد جهات القضاء ـ الالمام بها [٢] ، فاننا لن نتعرض بالدراسة لكل تلك القواعد ، بل سنكتفى بدراسة قواعد الأحوال الشخصية الخاصة بالمصريين غير المسلمين فقط ، أما بالنسبة للمسلمين فان المؤلفات فيها عامرة بالابحاث مما يجعل من السهل الوقوف على حكم أية مسألة تعرض على المشتغلين بالقانون .

ومما سبق يتبين لنا أنه لما كان اعتبار مسألة من المسائل داخلة فى نطاق الأحوال الشخصية يترتب عليه تطبيق الشريعة الدينية ، فانه يتبين لنا مدى أهمية تحديد المقصود بالأحوال الشخصية حتى نقف على مدى ما يدخل تحت مدلول هذا الاصطلاح من مسائل تطبق عليها الشرائع الدينية .

---

(١) المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

(٢) وهو مالا يتسنى بالنسبة للقواعد الخاصة بالأجانب على اختلاف جنسياتهم .

٦ ـ صعوبة تحديد المقصود بالاحوال الشخصية :

على أن تحديد المقصود بالاحــوال الشخصية يعتبر من الأمرر الدقيقـة التى يصعب فيها وضع معايير ثابتة . حقاً إن من اليسير بادىء ذى بدء أن نعرف فكرة الأحوال الشخصية والأحوال العينية فى تعريف عام ، فنقـول إن المقصود بالأحوال الشخصية المركز القانونى للاشخاص وبالاحوال العينية المركز القانونى للاموال ، ولـكن التعريف على هذا الوجه العام يبدو غـير كاف إذا دخلنـا فى مجال التطبيق بخصوص كل حالة على حدتها [١] . ذلك لأن تحديد المقصود بالاحوال الشخصية كان دائما مثاراً للخلاف ، سواء فى ميدان الفقه أو القضـاء أو التشريع ، وهذا ما جعل الـكثيرين ـ فى صدد تعريفهم لهذا الاصطلاح فى نطاق القانون الدولى الخاص ـ يفضلون القول بأن الأحوال الشخصية يقصد بها مجموع المسائل التى يحكمها مايسمى بالقانون الشخصى (loi personnelle) .

٧ ـ فى الشريعة الاسلامية : وإذا أردنا أن نبحث عن تحديد المقصود باصلاح الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية فاننا نجد أن هذا الاصطلاح لم يكن معروفاً لدى فقهائها [٢] . ذلك أن الاحكام التى جاءت بها تلك الشريعة تنقسم إلى قسمين: قسم يتعلق بالعقائد كالايمان بالله وملائكته وكتبه ورسله .. وهذا

---

(١) انظر فى هذا رسالة الأستاذ الدكتور حسن بغدادى بعنوان :
Origine et technique de la distinction des status personnels et réels en Egypte, Le Caire 1937. P. 3.

(٢) ولذلك نجد أن المشرع المصرى لم يذكر هذا الاصطلاح فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية عند بيانه لاختصاص تلك المحاكم . وإنما استعمل عبارة « المواد الشرعية » (انظر على سبيل المثال المادة ٨ من اللائحة المذكورة حيث تقرر أن المحاكم الابتدائية الشرعية تختص بالحكم الابتدائى فى المنازعات فى المواد الشرعية ، وانظر أيضا المادة ٧ من هذه اللائحة) .

يدخل فى دراسة التوحيد. وقسم يتعلق بأعمال الانسان، وينقسم إلى عبادات ومعاملات. أما العبادات ، فهى الأعمال التى يتقرب بها الانسان الى الله كالصلاة والصوم . وأما المعاملات ، فهى تنظم علاقة الانسان بغيره كالعقود والتصرفات ، سواء تعلقت بتنظيم الاسرة وتكوينها كالخطبة والزواج وما يتفرع عنهما ، أم تعلقت بالاموال من بيع واجارة ...(١)

وقد ذكر ابن عابدين أن المعاملات خمس: المعاوضات ، المالية والامانات ، والزواج وما يتصل به ، والمخاصمات ، والتركات . وبذلك يندرج الزواج وما يتصل به ، ، مما يدخل تحت مدلول الاحوال الشخصية فى الوقت الحاضر فى قسم المعاملات(٢).

ولكن إذا كان الزواج يندرج فى قسم المعاملات على النحو السابق ، إلا أنه قد ألحق حكماً بالعبادات . وبذلك يدخل فى المعاملات العلاقات المالية والعلاقات العائلية مع مراعاة مايدخل منها حكما فى العبادات . ومعنى إلحاق الزواج حكما بالعبادات أن لغير المسلمين أن يترافعوا إلى رؤسائهم الدينيين بالنسبة له ، إذ القاعدة أن غير المسلمين مخاطبون بأحكام المعاملات (٣). و من

---

(١) الأستاذ عمر عبد الله : أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية ، الطبعة الأولى . سنة ١٩٥٦ . ص ١٣ .

(٢) أنظر حاشية ابن عابدين جزء ١ : ٥٦ . مشار إليه فى مؤلف الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى عن أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى . الطبعة الأولى سنة ١٩٥٦ ص ١٥ . ويجعل الشافعية من الزواج وما يتصل به قسما مستقلا ، لا يندرج تحت المعاملات ، كما يرى ابن عابدين . وعندهم يقسم الفقه إلى أربعة أقسام كبرى وتعتبر أركانا له ، وهي العبادات ، والمعاملات ، والزواج وما يتصل به ، والعقوبات (المرجع السابق ، نفس الصفحة) .

(٣) فالشريعة الإسلامية تقضى بخضوع غير المسلمين المقيمين فى دار الاسلام ، من دميين ومستأمنين لأحكام الاسلام فى المعاملات . وهذا تطبيق لمبدأ إقليمية القوانين المعروف فى =

المعروف أن الزواج يدخل فى المعاملات ولـكـنه أخرج منها وألحق حكما بالعبادات حتى لا يخاطب غير المسلمين بأحكام الشريعة الاسلامية بالنسبة له، بل لهم أن يترافعوا إلى رؤسائهم الدينيين، كما لهم أن يترافعوا اليهم فى كل ما يتصل بالعبادات والعقائد .

على أنه إذا كان اصطلاح الأحوال الشخصية اصطلاحا غريبا على الشريعة الاسلامية ، فان كثيراً من الفقهاء الذين بحثوا مادة الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين ، قد جروا على أن يدخلوا تحت هذا العنوان : الزواج وما يتصل به ، وإنهاءه وما يترتب على هذا الانهاء ، والنسب وآثاره[١] .

٨ ـ **فى الدول الاخرى:** وتحديد المقصود بالاحوال الشخصية يختلف من دولة إلى أخرى . فبعض الدول تضيق من نطاق مفهوم الأحوال الشخصية ،والبعض الاخر يوسع من هذا النطاق ، ويرجع ذلك إلى عوامل متعددة . ففى فرنسا مثلا يدخل تحت مدلول الأحوال الشخصية الحالة **Etat** والأهلية **capaeité**[٢] ولـكن هذا الاصطلاح له مدلول أوسع فى إيطاليا حيث يشمل إلى جانب الحالة

= الوقت الحاضر . ولـكن المبدأ لا يطبق على إطلاقه فى الشريعة الاسلامية ، إذ يخرج من تطبيقه ـ على الرأى الراجح ـ المعاملات الخاصة بين الذميين التى لا يتعدى ضررها أو شرها إلى المسلمين ، كالانكحة وشرب الخمر ، فيعامل فيها أهل الذمة بأحكام دينهم . أنظر فى هذا : الدكتور محمد عبد المنعم رياض : مبادىء القانون الدولى الخاص الطبعة الثانية ١٩٤٣ ص ٢٨٨ فقرة ٣٢١ وما يليها .

(١) انظر مثلا مؤلف الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى بأحـكام الأحوال الشخصية فى الفقه الاسلامى . الطبعة الأولى عام ١٩٥٦ :

(٢) تنص المادة ٢ فقرة ٣ من القانون المدنى الفرنسى على ما يأتى:

"Les lois corcernant l'étàt et la copacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers."

والأهلية ، المواريث والوصايا والهبات ،وذلك استنادا إلى مابين نظام الارث والروابط العائلية من وثيق الصلات [١] . وقد تأثر القانون الايطالى بفقه « مانشينى » الذى يوسع من نطاق الاحوال الشخصية . ومن ذلك يتبين لنا أن القانون الفرنسى يجعل المواريث من الأحوال العينية،وذلك على خلاف القانون الايطالى الذى يجعلها من الأحوال الشخصية .

٩ — فى مصر: وإذا ما حاولنا فى مصر تحديد المقصود بالأحوال الشخصية، فاننا لانستطيع الاستناد إلى الشريعة الاسلامية التى لاتعرف هذا الاصطلاح ، كما لا يمكننا الاستناد كذلك إلى القانون الفرنسى ، رغم أن نظمنا القانونية بصفة عامة مستمدة من النظام الفرنسى ، ذلك لأن الاتجاه الذى ساد فى مصر بالنسبة لفهم مدلول هذا الاصطلاح قد اتجه إلى التوسع على غرار القانون الايطالى .

وإذا مارجعنا إلى عهد الاصلاح القضائى فى مصر حيث ظهرت التفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينيه نقلا عن البلاد اللاتينية ، وحيث كان للتفرقة أثرها من حيث الاختصاص القضائى والتشريعى ، لرأينا أن هناك اتجاها نحو التوسع فى معنى الأحوال الشخصية ، وذلك نظراً لقيام الامتيازات الاجنبية . وقد روعى آنذاك أن ينكمش نطاق القوانين الإقليمية (القوانين المختلطة والأهلية) عن بعض المسائل ليطبق عليها القانون الشخصى .

وقد كانت المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهليه تنص على أنه ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر فى مسائل الأنكحة ومايتعلق بها من قضايا المهر

---

(١) انظر الدكتور حسن بغدادى : **الاختصاص التشريعى والقضائى بالنسبة لمواريث غير المسلمين ووصاياهم** ، بمجلة الحقوق ، السنة الأولى ص ٦٢٣ . وأنظر فى علة التضييق فى القانون الفرنسى والتوسع فى القانون الايطالى : الدكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص المصرى ، الجزء الثانى الطبعة الثانية ، بند ٧٥ ص ١٤٥

والنفقة وغيرها ،ولا فى مسائل الهبةوالوصية والمواريث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية.ونص المادة ١٦ على هذا النحو كان يدل على أن بيان المسائل الواردة فيها لم يكن على سبيل الحصر ، إذ بعد أن ذكرت عدة حالات تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية أردفتها بعبارة « وغيرها مما يتعلق بالاحوال الشخصية » .

وقد كانت هناك نصوص أخرى تشير إلى مسائل الأحوال الشخصية. فقد كانت المادة ٤ مدنى مختلط تنص على أن المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وبالزواج والميراث والوصية والوصاية والقوامة تبقى من اختصاص قاضى الأحوال الشخصية (١) .

والظاهر أن المقصود بالأحوال الشخصية لم تتحدد معالمه على وجه ثابت، لأن المحاكم المختلطة كانت تتوسع دائما فى نطاق المسائل التى يخضع فيها الأجانب لقوانينهم ، وقد كان فى هذا التوسع توسيعا لاختصاصها (٢) .

١٠ ـ تحديد محكمة النقض للمقصود بالاحوال الشخصية :

ولما لم يكن هناك اتفاق حول تحديد المقصود بالأحوال الشخصية ، وإزاء اتجاه المحاكم المختلطة إلى التوسع فى تفسير هذا الاصطلاح ، حاولت محكمة النقض أن تحدد المقصود بالأحوال الشخصية ، فقضت فى حكم لها بأن «الأحوال الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب القانون عليها أثراً قانونيا فى حياته الاجتماعية ككونه ذكراً أو أنثى ، وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا ، أو كونه تام

(١) أنظر أيضا : المواد ٧٧ و ٧٨ و ١٩٠ مدنى مختلط . والمواد ٥٤ و ٥٥ و ١٣٠ مدنى أهلى .

(٢) أنظر : عز الدين عبد الله . المرجع السابق . ص ١٤٦

الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون ، وكونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية .

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية . وإذا فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية لتعلقها بالمال واستحقاقه وعدم استحقاقه . غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية ـ وكلها من عقود التبرعات ـ تقوم على فكرة التصدق المندوب اليه ديانة ، فالجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الاحوال الشخصية ، كيما يخرجها عن اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصراً دينيا ذا أثر فى تقرير حكمها . على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصيه إذا نظرت فى شىء مما تختص به من تلك العقود ، فان نظرها فيه بالبداهة مشروط باتباع الأنظمه المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها » [1] .

ويبدو من هذا الحكم أن محكمة النقض قد تأثرت بما جرى عليه الفقه الفرنسى فى تحديده للأحوال الشخصية ، وخاصة فى تحديده للمقصود بالحالة (l,état) [2] ، ولكن الحكم لم يقف عند التعريف الذى وضعه يحدد فيه الاحوال الشخصية ، بل أضاف بعد ذلك ماذهب اليه المشرع المصرى من جعل الوقف والهبة والوصية من الأحوال الشخصية . وبذلك فقد التعريف أهميته فى

---

(١) نقض مدنى فى ٢١ يونيو ١٩٣٤ طعن رقم ٤٠ س ٣ ق . المحاماة س ١٥ ص ٨٧ ومجموعة القواعد القانونية : محمود عمر . جزء أول . رقم ٢٠٠ ض ٤٥٤

(٢) أنظر : بلانيول — ريبير و بولانجيه . الجزء الأول ، الطبعة ٥ سنة ١٩٥٠ ص ١٨٤ : وكذلك : أوبرى ورو ، وبارتان ، الجزء الأول ، الطبعة ٦ سنة ١٩٣٦ ص ١٥٧

أن يكون أساسا علميا للتفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية ، وإذا كان الحكم قد ذكر أن تلك المسائل (الوقف والهبة والوصية . .) من مسائل الاحوال العينية ثم اعتبرت من مسائل الاحوال الشخصية . فان الذى أوقعه فى ذلك هو ربط الاختصاص التشريعى بالاختصاص القضائى ، فطالما أن تلك المسائل قد أخرجت من اختصاص المحاكم المدنية وألحقت باختصاص محاكم الأحوال الشخصية فانها تعتبر من الاحوال الشخصية ، حتى ولو كانت بحسب طبيعتها من الأحوال العينيه .

ويلاحظ على حكم محكمة النقض كذلك أنه اعتبر النفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الاحوال العينية ، مع أن هناك ما يفيد اعتبارها من الأحوال الشخصية ، وهذا ما كانت تقضى به المحاكم الأهلية تطبيقا للمادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، التى سبق الاشارة إليها ، والتى كانت تقضى بأن المسائل المتعلقه بالنفقه هى من مسائل الأحوال الشخصية الخارجة عن اختصاص المحاكم الأهليه [١] .

ويلاحظ أخيراً على حكم محكمة النقض أنه أورد تعريفا للأحوال الشخصية ، وهو أقرب إلى أن يكون تعريفا للحالة ، ولعل السر فى ذلك هو تأثر الحكم بتعريف الفقهاء الفرنسيين للحالة كما بينا . ثم إن الحكم لم يميز بطريقة ظاهرة بين الحالة والأهلية ، إذ اعتبر الأخيرة داخلة ضمن الاولى مع أنها فى الواقع نتيجة لها [٢] .

---

(١) أنظر مبادىء القانون الدولى الخاص ، للدكتور محمد عبد المنعم رياض . سنة ١٩٤٣ فقرة ٤٦٠ ص ٤١٠ — ٤١١ . وانظر كذلك : أصول القانون الدولى الخاص ، للدكتور حامد زكى ، وخاصة ص ١٣١ ، و ص ١٤٩

(٢) حامد زكى : المرجع السابق ص ١٣١ ، فقرة ١٣٧

هذا هو حكم محكمة النقض ، وإذا كانت المحكمة قد حاولت فيه تحديد المقصود بالاحوال الشخصية ، إلا أنها لم تحددها بصورة واضحه مانعة من نقد الفقه . ولعل ما أحاط بالموضوع من غموض (١) كان سببا فى تدخل المشرع لكى يحدد المقصود بالأحوال الشخصية تحديدا شاملا .

١١ – بيان الاحوال الشخصية فى المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة :

ولذلك عندما أبرمت اتفاقية منترو ١٩٣٧ وصارت المحاكم المختلطة مختصة بالنظر فى مواد الاحوال الشخصية إلى جانب المحاكم القنصلية (٢) ، وصدرت لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة نصت المادة ٢٨ منها على مايعتبر من الأحوال الشخصية فقررت أنه : «تشمل الاحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم ، أو المتعلقة بنظام الأسرة ، وعلى الأخص

---

(١) أنظر قبل ذلك حكما لمحكمة الاستئناف الأهلية فى ١١ مارس سنة ١٩٣٣ ، وقد حاولت المحكمة فى ذلك الحكم تحديد المقصود بالأحوال الشخصية والأحوال العينية فقررت أنه ليس المقصود بالأحوال العينية النظام الخاص بالمال وإنما يقصد به القوانين الأهلية والمختلطة المعمول بها والتى تنصل فى المسائل المالية وغيرها من الحقوق . وأما النظام الشخصى ، فهو النظام المتعلق بمسائل الاحوال الشخصية المبينة فى كتاب الاحوال الشخصية ، ويشير الحكم إلى ماجاء بكتاب الاحوال الشخصية لقدرى باشا (أنظر الحكم فى مجلة المحاماة س ١٣ رقم ٦٣٤ ص ١٢٤٦) .

(٢) جاء فى المادة ٢٧ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة أن تلك المحاكم تختص فى « المنازعات والمسائل المتعلقة بالاحوال الشخصية ، فى الاحوال التى يكون القانون الواجب التطبيق فيها ، طبقا لاحكام المادة ٢٩ ، هو قانون أجنبى » . كما نصت المادة ٥٦ على أن المحاكم المختلطة لا تختص بمواد الاحوال الشخصية متى كان هذا القانون الاجنبى قانون دولة وقعت على الاتفاق واحتفظت لمحاكمها القنصلية بالاختصاص فى مواد الاحوال الشخصية .

الخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر (الدوطة) [١] ونظام الاموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والاقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقات بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للاقارب والاصهار ، وتصحيح النسب والتبنى والوصاية والقيامة والحجر والاذن بالادارة. وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالهبات والمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، وبالغيبة وباعتبار المفقود ميتا » .

وقد جاء هذا النص قاطعا فى بعض المسائل والنظم القانونية التى كانت موضع شك ، وأدخلها فى نطاق الأحوال الشخصية ، بعد أن كانت من قبل محل خلاف [٢] ، كما أنه ميز بين الحالة والاهلية بعد أن رأينا أن حكم محكمة النقض كان يدخل الأهلية ضمن الحالة . فقرر أن الأحوال الشخصية تشمل المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة ...

ولكن يلاحظ على نص المادة ٢٨ أنه لم يورد بيانا جامعا مانعا لما يعتبر من الأحوال الشخصية ، ذلك أن البيان الذى أورده النص لم يوضع على سبيل الحصر . وهذا ما يفهم من صياغته حين بدىء بعبارة « تشمل الأحوال الشخصية » ، مما يدل على أن المشرع قصد بيان طائفة مما يدخل تحت عبارة الأحوال الشخصية . ثم إن كون الأحوال الشخصية تشمل ماذكره النص من مسائل لا يعنى بالضرورة أنها تشمل غير تلك المسائل ، بل إن هناك أموراً أخرى يمكن أن تدخل فى

---

(١) ويفهم من هذا أن الدوطة مرادفة للمهر ، مع أنهما مختلفان كما سنرى (انظر بند رقم ١٣ فيما يلى) .

(٢) انظر : عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ص ١٦٧ . عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ .

مدلول الأحوال الشخصية ومع ذلك لم يرد ذكرها فى نص المادة وذلك كالحضانة وتصفية التركات .. [1]

١٢ـ المادة ١٣ من قانون نظام القضاء وعموميتها بالنسبة للمصريين والاجانب:
ومهما يكن من الأمر ، فان تحديد المقصود بالاحوال الشخصية قد ظل محكوما بالمادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة طوال فترة الانتقال حتى زالت المحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية ونقل اختصاصها إلى المحاكم الوطنية، وبذلك صارت هذه الأخيرة صاحبة الاختصاص فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب ثم أصبحت صاحبة الاختصاص نهائيا فى جميع مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين كذلك ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ على أثر صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

فقد كانت المادة ١٢ من قانون نظام القضاء [1] تنص فى فقرتها الأولى على أنه « تختص المحاكم بالفصل فى جميع المنازعات ، وفى المواد المدنية والتجارية ، وفى جميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص » . ونصت الفقرة الثانية على أنه « وكذلك تختص المحاكم بالنسبة إلى غير المصريين بالفصل فى المنازعات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية » .

ولما صدر القانون ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ عدلت المادة ١٢ من قانون نظام القضاء فحذفت الفقرة الثانية منها وعدلت الفقرة الأولى وصار نصها كالآتى :

---

(١) وهذا ما قال به الفقهاء : أنظر عبد المنعم رياض ، المرجع السابق . ص ١٦٧ ؛ حامد زكى فى مقاله عن « اتفاقية مونترو وجهات الأحوال الشخصية فى مصر » مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ١٢ ص ٢٩ .

(٢) وهو الذى ألغى الأمر العالى الصادر فى ١٤ يونيه سنة ١٨٨٣ والخاص بلائحة المحاكم الأهلية والأمر العالى الصادر فى ١٤ فبراير سنة ١٨٨٤ والخاص بلائحة الاجراءات الداخلية الخاصة بتلك المحاكم .

« تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات فى المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والوقف والولاية عليه ، وجميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص » .
وإشارة النص إلى اختصاص المحاكم بالأحوال الشخصية يعنى أنه خاص بالمصريين والاجانب ، بعد أن كانت الفقرة الثانية من المادة قبل تعديلها تقصر الاختصاص بالاحوال الشخصية على الاجانب فقط .

ثم جاء المشرع بعد ذلك فى المادة ١٣ وحدد بالمقصود بالاحوال الشخصية ، وقد بقى نص المادة ١٣ كما هو دون تعديل . وهذا يعنى أنه إذا كان تحديد المقصود باصطلاح الاحوال الشخصية فى ظل الوضع الاول للمادة ١٢ من قانون نظام القضاء قبل تعديلها ينصرف إلى الاجانب فقط ، فان بقاء نص المادة ١٣ كما هو حتى بعد تعديل المادة ١٢ أصبح يعنى انصراف المقصود بالاحوال الشخصية ليس فقط إلى الاجانب وحدهم وإنما أيضاً إلى المصريين . وعلى ذلك فتحديد المقصود بالاحوال الشخصية الوارد فى المادة ١٣ ينصرف إلى المصريين وإلى غير المصريين على السواء ، لأن ما أوردته المادة ١٣ لبيان المقصود بعبارة الاحوال الشخصية ، التى أشير إليها فى المادة ١٢ بعد تعديلها ، يعتبر بيانا لمسائل الاحوال الشخصية فى القانون المصرى بصفة عامة[1] ، وإن كان هذا البيان قد ضاق نطاقه بالنسبة للمصريين كما سنرى ذلك بعد قليل .

على أننا إذا أردنا أن نعرض لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية الذى أوردته المادة ١٣ من قانون نظام القضاء فانا نستطيع القول بصفة عامة بأن ما ورد

---

(١) انظر أيضاً : جميل الشرقاوى : الأحوال الشخصية للأجانب ، المرجع السابق ، ص ٧ — ٩ وبيانه للاتجاهين اللذين ظهرا فى شأن المادة ١٣ وهل التعداد الوارد فيها خاص بمسائل الأحوال الشخصية للأجانب فقط أم للأجانب والمصريين على السواء ، وترجيحه للرأى القائل بأن البيان الوارد فى المادة ١٣ خاص بالمصريين والأجانب بصفة عامة . ويأخذ بهذا الرأى كذلك : أحمد سلامه : الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين والأجانب . الطبعة الثانية بند ٢٦ .

بها يكاد يطابق ما أوردته المادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة . فقد نصت المادة ١٣ على أنه : « تشمل الاحوال الشخصية المنصوص عليها فى المادة السابقة ، المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الاشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الاسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ، ونظام الاموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والاقرار بالابوة وإنكارها ، والعلاقة بين الاصول والفروع ، والالتزام بالنفقة للاقارب والاصهار وتصحيح النسب والتبنى ، والولاية والوصاية والقيامة والحجر والاذن بالادارة وبالغيبة واعتبار المفقود ميتاً ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت » .

هذا وقد ظل تحديد المقصود بالاحوال الشخصية فى قانون نظام القضاء بالمادة ١٣ على ما هو عليه حتى بعد صدور قانون السلطة القضائية فى الجمهورية العربية المتحدة سنة ١٩٥٩ (القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩) ، ذلك أنه لم يلغ من أحكام قانون نظام القضاء الصادر سنة ١٩٤٩ إلا ما يتعارض مع أحكام القانون الجديد (سنة ١٩٥٩) . وهذا الاخير لم يعرض لتحديد الاحوال الشخصية ، ولذلك تظل الأحوال الشخصية محكومة بقانون نظام القضاء الصادر ١٩٤٩ فى المادتين ١٣ و ١٤ منه .

١٣ ـ مقارنة بين نص المادة ١٣ والمادة ٢٨ : (المهر و الدوطة ، والولاية والهبة) :

على أنه إذا كان يمكن القول ـ كما قيل بالنسبة للمادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة[1] ـ ان البيان الوارد فى المادة ١٣ لم يرد على سبيل الحصر ،

---

(١) انظر عز الدين عبد الله المرجع السابق . فقرة ٧٥ ص ١٤٨

لانه بيان غير مانع ، إلا أنه يمكن أن يلاحظ على نص المادة ١٣ من مقارنته بنص المادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ما يلى :

١ – **المهر والدوطة** : فيلاحظ أولا أن نص المادة ١٣ قد أوضح أن الدوطة غير المهر لانه ذكر .. « **المهر والدوطة** » أما نص المادة ٢٨ فقد كان يجعل منها مرادفا للمهر . والواقع أن الدوطة تختلف عن المهر ، فالمهر – كما هو معروف – هو المال الذى يدفعه الزوج لزوجته بمناسبة عقد زواجهما[1] ، ومن المسلم أنه من مسائل الاحوال الشخصية . أما الدوطة فهى المال الذى تقدمه الزوجة لزوجها عند زواجهما وذلك للانتفاع بها فى تحمل أعباء الحياة الزوجية عن طريق استغلال الزوج لها[1] . وإذا كان من المسلم به أن المهر يعتبر من مسائل الاحوال الشخصية ، فقد ثار الخلاف حول الدوطة وهل تعتبر من مسائل الاحوال الشخصية أو من الاحوال العينية .

ورغم النص على اعتبار الدوطة من مسائل الاحوال الشخصية ، فقد ذهب القضاء الوطنى إلى اعتبارها من مسائل الاحوال العينية . وتقرر محكمة النقض فى هذا الشأن : « أن الدوطة ليست ركناً من أركان الزواج ولا شرطاً من شروطه ، إذ الزواج يتم صحيحاً بدونها ، وإذا تعهدت الزوجة أو أهلها « بدوطة » للزوج ، فلا يترتب على الامتناع عن دفعها إليه فسخ الزواج ، بل يكون له فقط حق المطالبة بها على أساس أن التعهد بها يتولد عنه التزام مدنى . فالنزاع المتعلق

---

(١) انظر فى هذا : الأستاذ عمر عبدالله : أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية. ط ١ سنة ١٩٥٦ ص ١٩١ وما بعدها ؛ الدكتور محمد يوسف موسى : أحكام الاحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى . ط ١ . سنة ١٩٥٦ ص ١٨٤ .

وسنرى حكم المهر فى الشريعة المسيحية . وهل هو ركن من أركان العقد أم أنه ليس كذلك عند الكلام عليه فى حينه .

(٢) وانظر فى تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين والمهر والدوطه بند ١٣٩ فيما يلى .

بالدوطة هو نزاع بعيد عن المساس بعقد الزواج . ومن ثم فهو من اختصاص المحاكم المدنية ... »[1]

وفي حكم آخر قضت أيضاً بأن الاتفاق بين المصريين على أن تقدم الزوجة « دوطة » بائنة ، تسلم إلى الزوج عند الزواج للانتفاع بغلتها في تحمل أعباء الحياة الزوجية هو اتفاق ذو طابع مالي ، ومن ثم يخضع لحكم القواعد العامة ولما تنصرف إليه إرادة عاقديه والعرف الجارى بين أفراد الطائفة التي ينتسبون إليها، فيما لا مخالفة فيه لقواعد النظام العام . . . »[2]

على أن هذا القضاء الوطني اذا كان له ما يسانده في تكييفه للدوطة على أنها من الاحوال العينية في ظل الوضع السابق ، إزاء الغموض في صياغة المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائي وانصراف ما جاء بذلك النص الى ما يعتبر من الاحوال الشخصية عند غير المصريين ، فان هذا القضاء أصبح لا مبرر له الان ، بعد أن تبين بجلاء في نص المادة ١٣ من قانون نظام القضاء أن « الدوطة »

(١) انظر نقض مدني في ١٩٤٣/٥/٢٧ طعن رقم ٥ سنة ١٣ ق ، (مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الخمسة والعشرين عاما حتى سنة ١٩٥٥ جزء أول ص ١١٩ قاعدة رقم ١٤ وما بعدها) .

(٢) انظر نقض مدني في ١٩٥٢/٦/١٢ طعن رقم ١٠٢ سنة ١٩ ق ، نفس الموضع السابق (ص ١١٩ — ١٢٠) .

وانظر أيضا حكما لمحكمة الاسكندرية . وقد اعتبرت المحكمة أن الدوطة عقد مدني (وديعة) معاصر لعقد الزواج . وقد بحثت المحكمة المسألة من الناحية التاريخية ومن ناحية القانون المقارن وردت على الحجة المؤسسة على أن المادة ١٣ من قانون نظام القضاء قد أدرجت الدوطة ضمن الأحوال الشخصية (الحكم صادر في القضية رقم ١٦٢٧ لسنة ١٩٥١ في ٨ مارس ١٩٥٣ ومشار إليه في كتاب الاستاذ تادرس ميخائيل تادرس : في الأحوال الشخصية للاجانب ص ٥٨ — ٦٠) — وانظر في نقد مذهب هذا الحكم : أحمد سلامه : المرجع السابق ، الطبعة الثانية بند ٢٥ ص ٤٥ وما بعدها .

تعتبر من مسائل الاحوال الشخصية ، وأن تحديد الاحوال الشخصية الذى أورده هذا النص يعتبر تحديدا عاما لمضمون هذه الفكرة فى النظام المصرى ، سواء بالنسبة للاجانب أو بالنسبة للمصريين . وعلى ذلك فالقضاء الذى يجعل الدوطة من المسائل المالية يعتبر قضاء مخالفا لصريح المادة ١٣ من قانون نظام القضاء .

٢ ـ **الولاية** : ويلاحظ ثانيا فى مجال المقارنة بين نص المادة ١٣ ونص المادة ٢٨ أن النص الاول أضاف مسألة الولاية واعتبرها من مسائل الاحوال الشخصية فى حين أن المادة ٢٨ لم تشر اليها .

٣ ـ **الهبة** : وأخيراً فإن المادة ٢٨ كانت تجعل الهبة من الاحوال الشخصية بصفة مطلقة ، وجاءت المادة ١٣ من قانون نظام القضاء خالية من النص عليها ، ولكن المادة ١٤ التالية لها مباشرة نصت على أن تعتبر الهبة من الاحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين ، إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك » . وعلى هذا فإنه يتعين بالنسبة للهبة أن ينظر إلى القانون الاجنبى ، فإذا كان يعتبر الهبة من الاحوال الشخصية فإنها تعتبر كذلك ، فالمادة ١٤ من قانون نظام القضاء تتناول حالة يخرج فيها القانون بالنص على المبدأ الذى يقضى بأن مايعتبر فى القانون المصرى من الاحوال الشخصية يكون كذلك بالنسبة للمصريين والاجانب [1] . ذلك أن الهبة طبقا للقواعد الواردة بشأنها فى القانون المدنى ، فى المواد ٤٨٦ وما بعدها ، تعتبر بالنسبة للمصريين من الاحوال العينية وليست من الاحوال الشخصية .

١٤ ـ اختلاف نطاق الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين والأجانب :

على أنه إذا كان لنا أن نجمع ما ذكرته المادة ١٣ من قانون نظام القضاء

---

(١) أنظر : جميل الشرقاوى : المرجع السابق ، ص ٩ وهامش رقم ١ وانظر ما سنذكره فيما بعد عن مسألة إخراج الهبة من نطاق مسائل الأحوال الشخصية .

فى فئات مترابطة كان لنا أن نقول إن مسائل الاحوال الشخصية تندرج فى الفئات الاتية [١]:

(١) المسائل المتعلقة بحالة الاشخاص وأهليتهم .

(٢) المسائل المتعلقة بنظام الاسرة ، كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتها المتبادلة ، والمهر والدوطة ، ونظام الاموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ، وكذلك المسائل المتعلقة بالبنوة والاقرار بالابوة وانكارها والعلاقة بين الاصول والفروع ، والالتزام بالنفقة بين الاقارب والاصهار وتصحيح النسب والتبنى .

(٣) المسائل المتعلقة بالولاية والوصاية والقيامة والحجر والاذن بالادارة والغيبة واعتبار المفقود ميتا .

(٤) المنازعات المتعلقة بالمواريث والوصايا ، وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .

هذه هى المسائل المختلفة التى تدخل فى مدلول اصطلاح الاحوال الشخصية. ولكن نطلق ما يعتبر من الاحوال الشخصية يختلف بالنسبة للمصريين عنه بالنسبة للاجانب ، وهذا ما يجب التنبيه اليه ، حقا إن اصطلاح الاحوال الشخصية فى النظام المصرى له مدلول واحد ، الا أن ما يعتبر من الاحوال الشخصية ويطبق عليه القانون الشخصى يختلف بالنسبة للمصريين عنه بالنسبة للاجانب . فبالنسبة للأجانب يطبق القانون الشخصى أى قانون الجنسية على كل ما يعتبر من الاحوال الشخصية طبقاً للنظام المصرى ، وقد عبر المشرع المصرى عن القانون الشخصى فى هذا الصدد بتعبيرات مختلفة ، فمرة

---

(١) هذا مع مراعاة ما ورد فى المادة ١٤ بشأن الهبة بالنسبة لغير المصريين .

يقول إنه «قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم» ، ومرة أخرى يقول «قانون كل من الزوجين» (انظر المادتين ١١ و ١٢ من القانون المدنى وانظر أيضاً المواد ١٥ و ١٦ و ١٧) . أما بالنسبة للمصريين فان القانون الشخصى . وهو فى هذه الحالة القانون الدينى أو الشريعة الدينية ، لا ينطبق على كل الحالات التى تدخل تحت عبارة الاحوال الشخصية والتى جاءت بها المادة ١٣ من قانون نظام القضاء . ذلك لان هناك مسائل أخرجها المشرع من نطاق تطبيق القوانين الشخصية أو الشرائع الدينية لكى يطبق عليها قواعد موحدة بالنسبة لجميع المصريين على اختلاف دياناتهم . فأصبحت بذلك محكومة بقانون واحد بالنسبة لجميع المصريين ، وإن كان هذا لا ينفى أن من بين تلك المسائل التى أخرجت من نطاق تطبيق الشرائع الدينية لتخضع لقانون واحد بالنسبة للجميع ما تعتبر فى جوهرها وبحسب طبيعتها من الأحوال الشخصية[1] .

ولذلك فانه ينبغى الحيطة عند تحديد ما يدخل فى نطاق الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين وبالنسبة للأجانب أو المنازعات التى يدخل فيها عنصر أجنبى. وتحديد ما يدخل فى نطاق الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين له أهميته الآن بالنسبة إلى الاعتراف بولاية الشرائع الدينية ، أى بالنسبة لتطبيق القانون الشخصى ، إذ على الرغم من إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية إلا أن المحاكم العادية ستظل تقضى فى منازعات الأحوال الشخصية ــ تبعا لاختلاف عقائد الخصوم ــ بالشريعة الاسلامية والشرائع الدينية الأخرى : المسيحية واليهودية ، مع مراعاة أن الشريعة

---

(١) انظر : جميل الشرقاوى ، المرجع السابق هامش رقم ٤ ص ٧ . وقارن مع ذلك الدكتور حسن بغدادى ، مجلة الحقوق ، السنة الأولى ص ٦٢٢ وما بعدها ، ورسالته السابق الإشارة إليها (بالفرنسية) ص ٤ من المقدمة ؛ وكذلك : حلمى بطرس : أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ، محاضرات لطلبة كلية الحقوق بجامعة عين شمس عام ١٩٥٦ ــ ١٩٥٧ ، ص ١٧ ــ ١٨ .

الاسلامية فى هذا الصدد هى الشريعة ذات الولاية العامة ، تتوجه أحكامها إلى المسلمين وإلى غير المسلمين ، وان ولاية الشرائع الدينية الأخرى فى هذا الصدد ، إنما هى ولاية استثنائية بحتة ، تنطبق حيث تتوافر شروط معينة حددها القانون ، كما تنطبق كذلك بالنسبة لمسائل معينة هى مسائل الأحوال الشخصية التى لم تمتد إليها يد المشرع بتوحيدها بالنسبة لجميع المصريين . فما هى تلك المسائل التى وحدت بالنسبة لجميع المصريين ، وخرجت بذلك من نطاق تطبيق الشرائع الدينية ؟ وما هى تلك المسائل التى بقيت تحكمها الشرائع الدينية ؟

١٥ — المسائل التى تخضع لقواعدها موحدة بالنسبة لجميع المصريين :

هناك مسائل تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية الذى حددته المادة ١٣ من قانون نظام القضاء ، ولكنها أصبحت الآن تخضع للقواعد موحدة بالنسبة لجميع المصريين وتبعاً لذلك صارت تخضع للقواعد التى نظمتها ، ولا تخضع للشرائع الدينية المختلفة. ومن هذه المسائل ما ورد فى القانون المدنى ، ومنها ما ورد فى تشريعات متفرقة . فمن القواعد الواردة فى القانون المدنى والتى تدخل تحت مدلول اصطلاح الأحوال الشخصية تلك التى تتعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم ، وقد وردت الأحكام الخاصة بها فى المواد ٢٩ وما بعدها حتى المادة ٥١ من القانون المدنى ، فهناك القواعد الخاصة ببدء الشخصية وانتهائها (المواد ٢٩ — ٣٢) والقرابة (المواد ٣٤ — ٣٧) ، والاسم واللقب (المواد ٣٨ — ٣٩) .. والأهلية (المواد ٤٤ — ٤٨) ... أما القواعد الواردة فى تشريعات خاصة ، فهى الأحكام المتعلقة بالميراث والوصية[1] والوقف والولاية على المال وبعض أحكام الولاية على النفس ، فهذه مسائل تحكمها قواعد موحدة بالنسبة لجميع المصريين . وسنتولى تفصيل ذلك فيما يلى :

---

(١) وسنرى إلى أى مدى وحدت قواعد المواريث والوصية ، فى تفصيلنا لدراستها فيما يلى .

أولا : المواريث :

١٦ ـ الاختصاص التحكيمى للشرائع الملية وصدور قانون المواريث :

لم يكن لمحاكم الطوائف اختصاص إلزامى بالنسبة لمسائل المواريث ، بل ظل اختصاصها بها تحكيميا يستلزم اتفاق جميع المتنازعين . وهذا مايستفاد من نصوص لوائح ترتيب واختصاصات مجالس بعض الطوائف الملية .

من ذلك المادة ١٦ من لائحة ترتيب واختصاصات مجلس الاقباط الأرثوذكسيين الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣[١] والتى نصت على أن « من وظائف المجلس المذكور أيضاً النظر فيما يحصل بين أبناء الملة من الدعاوى المتعلقة بالاحوال الشخصية الواضحة أنواعها بكتاب الأحوال الشخصية الذى صار نشره مع قوانين المحاكم المختلطة ، إنما مسائل المواريث لا تنظر إلا باتفاق جميع أولى الشأن عليها » . ومن ذلك أيضاً المادة ٢١ من الامر العالى الصادر فى أول مارس سنة ١٩٠٢ بشأن الانجيليين الوطنيين[٢] ، والتى نصت على أن « يختص المجلس العمومى بسماع وفصل جميع المسائل المتعلقة بادارة الاوقاف الخيرية أو بالأحوال الشخصية التى تقع بين كنائس إنجيلية أو بين انجيليين وطنيين ، وكذلك المسائل المتعلقة بهم فيما يتعلق بهذه المواد . على أن الاختصاص لا يتناول أية مادة من المواد التى لا يمكن الفصل فيها إلا باحضار أشخاص غير انجيليين وطنيين أمام المجلس بصفة خصوم فى الدعوى ، ولا فى مسائل المواريث الخالية عن الوصية ، إلا فى حالة ما إذا قبل الخصوم التقاضى أمام المجلس المذكور »[٣]

(١) فيليب جلاد : القاموس العام للادارة والقضاء ، الاسكندرية ١٩٠٢ جزء ٥ ص ٢٧٢

(٢) فيليب جلاد : المرجع السابق ، ص ٤٣٠

(٣) وانظر أيضا المادة ١٦ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٠٥ بشأن الأرمن الأرثوذكس ، وهى مطابقة للمادة ٢١ الخاصة بالانجيليين .

وعلى ذلك فإن الاختصاص فيما يتعلق بالمواريث كان أصلا للمحاكم الشرعية التى كانت تطبق فى تلك المسائل أحكام الشريعة الاسلامية بالنسبة لجميع المصريين. ولعل السبب فى ذلك يرجع إلى أن الميراث لم يكن له حكم فى الديانة المسيحية[1]، وكانت تركات المسيحيين تقسم وفقاً لاحكام القانون الرومانى. ومن جهة أخرى فإن مسائل الميراث لا تتصل اتصالا وثيقاً بالعقيدة الدينية كما هو الشأن فى مسائل الزواج والطلاق[2].

ولهذا فإن اختصاص الجهة الملية كان لابد فيه من اتفاق جميع أولى الشأن على التقاضى أمام تلك الجهة. فإذا لم يحصل الاتفاق بينهم كان الاختصاص للمحاكم الشرعية صاحبة الولاية العامة فى مسائل الاحوال الشخصية، والتى كانت تطبق أحكام الشريعة الاسلامية. وهذا هو ما استقر عليه القضاء فى مصر[3]

---

(١) ومع ذلك فان بعض الطوائف ـ مثل الأقباط الأرثوذكس ـ قد نظمت أحكام الميراث فى مجموعاتها. كما أن اليهود القرائين والربانيين نظموا كذلك أحكام الميراث (انظر ما جاء فى شعار الخضر للقرائين، وفى ابن شمعون بالنسبة للربانيين).

(٢) انظر: أحمد صفوت، المرجع السابق، ص ١٥، ١٦. ويقول المؤلف (ص ١٥): «والتمييز بين دعوى الميراث وبين سائر دعاوى الأحوال الشخصية باشتراط اتفاق الطرفين فى الأولى دون الثانية، مبنى على أن النوع الثانى من الدعاوى ــ وهو يشمل دعاوى الزواج والطلاق وما يتبعها من أحكام النفقات والمهر والنسب والحضانة ــ ترتبط بأحكام وعقائد دينية فلا يمكن تحكيم القاضى الشرعى فيها، لأنه لا يطبق إلا الشريعة الإسلامية. وأحكام الشريعة الاسلامية فى هذه المواد تختلف اختلافا جوهريا عن أحكام النصارى الدينية والتقليدية فى هذه الأمور. فهى دعاوى ذات صبغة دينية كما كانت توصف بذلك فى مذكرات الباب العالى للدول وفى منشوراته عنها».

(٣) انظر استئناف مختلط فى ٦ يناير سنة ١٩١٠. البلتان ٢٢ ص ٧٧؛ وفى ١١ مايو سنة ١٩١١. البلتان ٢٤ ص ٣١٧؛ وفى ١٠ نوفمبر ١٩١٥. البلتان ٢٨ ص ١٤؛ وفى ٢٦ ابريل سنة ١٩٢٢. البلتان ٣٤ ص ٣٦٣؛ ومحكمة القاهرة المختلطة فى ١٣ يناير سنة ١٩٢٧، الجازيت س ١٨ ص ٣٣ رقم ٣٩.

=

ولما صدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ منظماً أحكام المواريث أصبحت هذه الأحكام واحدة بالنسبة لجميع المصريين على اختلاف دياناتهم ، وهذه الأحكام مستمدة من الشريعة الاسلامية . على أنه فى الأحوال التى لا يوجد لها حكم فيها تطبق المحاكم القول الأرجح من مذهب أبى حنيفة طبقاً للمادة ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١[1] . ولكن إذا كانت القواعد قد وحدت فى هذا الشأن بالنسبة للجميع ، إلا أنه يجوز للورثة الذين يعتبرون كذلك فى نظر الشريعة الاسلامية ، أن يتفقوا على تقسيم الإرث فيما بينهم وفقاً لشريعة المتوفى . على أن اتفاق الورثة جميعاً على تقسيم الإرث وفقاً لشريعة المتوفى يعتبر من الأمور النادرة ، مما يجعل مثل هذه المكنة نظرية بحتة . وإذا كان لذوى الشأن قبل صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالغاء جهات القضاء الملى أن يستعملوا هذه المكنة ، ويتفقوا على الاحتكام إلى جهة القضاء الملى الخاصة بهم ، كما يتفقوا على تقسيم الإرث وفقاً لشريعة المتوفى ، فهل من المتصور الآن ، بعد إلغاء جهات القضاء الملى ، أن يتفقوا على تقسيم الإرث فيما بينهم وفقاً لشريعة المتوفى أمام المحكمة المختصة ؟

نصت المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ على أن « قوانين المواريث والوصية ، وأحكام الشريعة الاسلامية فيهما هى قانون البلد فيما يتعلق

= وانظر أيضا استئناف أهلى فى ١١ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة س ٨ رقم ٥٥٢ ص ٩١٤ . وأيضا نقض فى ٣٠ مايو ١٩٣٥ ، مجموعة القواعد القانونية ، محمود عمر ، جزء ١ رقم ٢٧٢ ص ٨٠٨ ، وكذلك نقض أول أبريل ١٩٤٣ ، المحاماة س ٢٥ رقم ٣٧ ص ٧١ ومجموعة عمر ، جزء رابع ، رقم ٣٧ ص ٧٤ وما بعدها .

وانظر التعليق على الحكم الأخير ، الدكتور حسن بغدادى فى مجله الحقوق ، السنة الأولى ص ٦١٣ وما بعدها .

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

بالمواريث والوصايا . على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته فى حكم الشريعة الاسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى » . وحكم هذا القانون الأخير يظل قائماً حتى بعد صدور القانون المدنى سنة ١٩٤٨ على ما سنرى فيما يلى . وعلى ذلك فانه يكون للورثة طبقاً للشريعة الاسلامية الحق فى الاتفاق على تقسيم التركة طبقاً لشريعة المتوفى .

١٧ ـ شروط الأحتكام الى شريعة غير المسلمين فيما يتعلق بالمواريث :

على أن الاختصاص التحكيمى لشريعة غير المسلمين فى هذه الحالة لا ينعقد إلا إذا توافرت شروط معينة :

١ ـ فيلزم أن يكون ذوو الشأن معتبرين ورثة فى نظر الشريعة الاسلامية . أى يلزم أن يكونوا أشخاصاً تعطيهم الشريعة الاسلامية الحق فى الميراث . فالشريعة الاسلامية هى التى تحدد صفة الورثة فى تركات غير المسلمين من المصريين ، وليست شرائعهم الدينية . وبمعنى آخر ، يلزم أن يحصل الاتفاق بين الورثة « الذين تعترف الشريعة بوراثتهم »[1] ، ويتراضوا على أن يجرى التقسيم وفقاً لشريعة المتوفى .

٢ ـ ويلزم ثانيا أن يتفق هؤلاء الورثة طبقاً للشريعة الاسلامية على تقسيم الإرث فيما بينهم وفقاً لشريعة المتوفى ، فاذا لم يحصل مثل هذا الاتفاق فان الشريعة الاسلامية تكون واجبة التطبيق باعتبارها صاحبة الولاية العامة . ولا بد لتطبيق الشريعة الملية فى هذه الحالة أن يتفق الورثة جميعاً على تطبيقها ، بمعنى أنه لا بد أن يتفقوا على أن القانون الملى هو الذى يطبق دون الشريعة الاسلامية ،

---

(١) كما تقول محكمة النقض فى حكمها بتاريخ ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ (طعن رقم ٩ سنة ٤ ق) مجموعة القواعد القانونية لمحمود عمر ، الجزء الأول ، رقم ٢٧٢ ص ٨٠٨ .

وانظر أيضا : عبد المنعم رياض : مبادىء القانون الدولى الخاص ، المرجع السابق ، رقم ٤٦٨ ، ص ٤١٧ والأحكام المشار إليها فى الهامش رقم ٢ من الصفحة المذكورة .

ولا يكفى فى ذلك أن يترافعوا إلى دائرة الأحوال الشخصية لغير المسلمين . كما يلزم أن يكون هؤلاء الورثة أهلا للتصرف فى حقوقهم .

وقد أقرت محكمة النقض هذا المعنى فى حكم لها قبل إلغاء المجالس الملية إذ تقول[1] : « وحيث إن القاعدة الأساسية فى مواريث المصريين غير المسلمين أنها تجرى وفق أحكام الشريعة الاسلامية ، ما لم يتفق الورثة الذين تعترف هذه الشريعة بوراثتهم ويتراضوا على غير ذلك . والقانون الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب مجالس طائفة الاقباط الأرثوذكس وبيان اختصاصاتها لا يشذ عن تلك القاعدة ، بل إن المادة ١٦ منه ، وهى التى أشارت لمسألة المواريث لم تنص على أن الحكم فيها يكون حسب الشريعة المسيحية ، بل كل ما فى الأمر أنها نصت على ما يفيد اختصاص تلك المجالس بالحكم فى الوراثة ، متى قبل كل الورثة اختصاصها . أما أن يكون حكمها فيها بحسب شريعة أخرى غير الشريعة الاسلامية ، فان عبارة المادة لا يفهم منها هذا ، بل لا بد من أن يتفق كل الورثة على ذلك فيعمل باتفاقهم الذى هم أحرار فيه ، ما داموا يكونون أهلا للتصرف فى حقوقهم » .

ففى ظل الوضع السابق على إلغاء المحاكم الملية كان لا بد من الاتفاق على تطبيق الشريعة الملية أمام تلك المحاكم ، فاذا لم ينصب اتفاق الورثة إلا على الاختصاص القضائى فقط ، فان الاختصاص التشريعى يظل خاضعاً للقانون العام ، وهو الشريعة الاسلامية .

وعلى ذلك فلا يكفى فى ظل الوضع الحالى أن يترافع الخصوم إلى دائرة الأحوال الشخصية لغير المسلمين حتى تطبق الشريعة الملية ، بل لا بد أن يتم اتفاق الورثة صراحة على أن يكون التقسيم طبقاً الشريعة الملية .

---

(١) الحكم المشار إليه فى الهامش السابق .

٣ - وإذا كان من اللازم أن يتفق الورثة الذين تعتبرهم الشريعة الاسلامية كذلك على تقسيم الارث فيما بينهم وفقاً لشريعة المتوفى ، فهل يلزم أن يكون تطبيق شريعة المتوفى في هذه الحالة خاضعاً للشروط العامة فى تطبيق الشرائع الدينية لغير المسلمين أمام المحاكم الآن ؟ وبمعنى آخر هل يلزم لتطبيق شريعة المتوفى فى هذه الحالة أن تتوافر الشروط التى نصت عليها المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فى فقرتها الثانية والتى تقضى بأن تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة ، الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون - فى نطاق النظام العام - طبقاً لشريعتهم .

لقد جرى الفقه والقضاء فيما مضى ، قبل صدور القانون رقم ٤٦٢ على استلزام الشرطين الأولين ، أى تحديد صفة الورثة طبقا للشريعة الاسلامية واتفاقهم على القسمة طبقا لشريعة المتوفى ، وإن كانوا قد استلزموا كذلك اتحاد الملة بين الورثة طبقا للشريعة الاسلامية حتى يمكن احتكامهم إلى مجالسهم الملية[1] وفى حكم أصدرته المحاكم المختلطة نراها تقرر أن القضاء مستقر على أن المنازعات المتعلقة بالميراث تختص بها محاكم البطريركات بشرطين : شرط أول : أن يكون الورثة من المصريين التابعين لنفس الطائفة الدينية التى يطرح أمامها النزاع . وشرط ثان : هو قبولهم لاختصاص البطريركية[2]

---

(١) انظر : عبد المنعم رياض : المرجع السابق ؛ فقرة ٤٦٣ ص ٤١٣ ، وكذلك فقرة ٤٦٧ ص ٤١٦ ، وحامد زكى : المرجع السابق فقرة ١٦٤ ص ١٥٩ .

(٢) محكمة القاهرة المختلطة ، فى ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ ، الجازيت ، س١٨ ص ٣٣ رقم ٢٩ ، وقد جاء فى هذا الحكم :

D'après une juridiction constante, les contestations relatives aux successions "ab intestat" relèvent des juridictions patriarcales à double condition :

(1) que les héritiers soient tous sujets locaux et appartiennent à la même communauté religieuse à laquelle le différend est soumis.

(2) qu'ils acceptent la compétence patriarcale.

ولما صدر القانون ٤٦٢ نص صراحة فى المادة ٦ على أن تطبيق الشرائع الدينية مقيد بتوافر الشروط التى نصت عليها هذه المادة والتى سنعرض لها بالتفصيل فيما بعد . وهذه الشروط التى أوردتها المادة ٦ شروط عامة يلزم توافرها فى كل حالة تلجأ فيها المحاكم إلى تطبيق الشرائع الدينية ، حتى فى حالة احتكام المتنازعين إليها ، ولا يوجد ما يبرر عدم توافر تلك الشروط فى حالة اتفاق الورثة على تقسيم الميراث طبقاً لشريعة المتوفى . وعلى ذلك يلزم فى هذه الحالة ، وطبقاً لما قضت به المادة ٦ فقرة ٢ ، أن يتحد الخصوم فى الطائفة والملة ، وأن تكون لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون رقم ٤٦٢ ، وأن تصدر الأحكام ـ طبقاً لشريعتهم ـ فى حدود النظام العام [1] .

فاذا تخلف شرط من هذه الشروط فانه لا يمكن تطبيق شريعة المتوفى ، حتى ولو اتفق الورثة طبقاً لأحكام الشريعة الاسلامية على طلب تطبيقها ، أى حتى ولو توافر الشرطان الأول والثانى للاحتكام إلى الشريعة الملية .

هذا وقد انتقد البعض [2] ما ذهبنا إليه من ضرورة توافر الشروط التى نصت عليها المادة ٦ من القانون ٤٦٢ فى صدد الاحتكام إلى الشريعة الدينية

---

(١) قارن مدى تعطيل النظام العام لبعض أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق فى مسائل الميراث : عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، جزء ٢ فقرة ١١٢ ص ٢٥٠ وما بعدها .
وانظر فى تعلق أحكام الميراث بالنظام العام وبطلان ما يخالفها من الاتفاقات ، حكم محكمة النقض فى ١٤ يونيو ١٩٣٤ ، طعن رقم ٢ سنة ٤ ق (مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما حتى آخر سنة ١٩٥٥ جزء ٢ ص ١٠٠٤ رقم ٣٩ ، ٤٠) .
على أن يراعى فى ذلك ما يبيحه القانون من إمكان أن يتم تقسيم التركة بين غير المسلمين طبقا لشريعة المتوفى ، طالما سلمنا ببقاء حكم هذا القانون حتى الآن .

(٢) احمد سلامه : الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، الطبعة الثانية بند ٢٨ ص ٥٧ و ٥٨ .

للمورث ، ورأوا الاكتفاء بما أوردناه ضمن الشرطين الاولين السابق بيانهما للاحتكام إلى شريعة المورث .

ويستند هذا الرأى إلى أن المادة ٦ سالفة الذكر لاتجابه الحالة التى نحن بصددها ، كما أن شرط اتحاد الطائفة والملة لم يكن متطلبامن قبل ، فلم يكن الفقه والقضاء قبل صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ يستلزم الاتحاد فى الملة أو الطائفة ، وأن شرط النظام العام غير لازم كذلك فى هذا الصدد .

وهو يود أن ينتهى إلى أن اشتراط ما جاءت به المادة ٦ من القانون ٤٦٢ غير لازم فى هذا الصدد ، وأنه يكفى اجماع الورثة على تقسيم التركة وفق شريعة المتوفى ، وأن هذا هو الشرط الوحيد الذى تطلبه المشرع .

ومع ذلك فاننا لا نرى هذا الرأى ؛ ونرى أنه يلزم لتطبيق شريعة غير المسلمين فى مسألة من مسائل الميراث ، أن تتوافر الشروط التى جاءت بها المادة ٦ من القانون ٤٦٢ كما ذهبنا من قبل . ونعرض فيما يلى للرد على هذا النقد .

١ - لا جدال فى أننا نسلم ببقاء فكرة الاحتكام فى الميراث إلى الشريعة الملية [1] . وقد وضعت بعض الطوائف المسيحية ، كما وضع اليهود الربانيون والقراؤن قواعد تنظم مسائل الميراث . وعلى ذلك فانه يوجد إلى جانب قواعد الشريعة الاسلامية فى الميراث ، والتى نظمت بالقانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، قواعد أخرى فى شرائع غير المسلمين ، مع فارق جوهرى فى هذا الصدد هوأنه قد صدر بالنسبة لأحكام الشريعة الاسلامية تنظيم تشريعى خلافا للشرائع الإخرى ، ومع هذا فقد يتاح للقواعد الأخيرة فرصة التطبيق متى توافرت شروط الاحتكام إليها ، اذ أن النص الذى يبيح ذلك ، وهو نص المادة الأولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، لازال قائما . واذا ما أعملت أحكام المواريث فى شريعة من شرائع غير المسلمين ، عادت الى مسائل المواريث صفتها الأصلية

---

(١) ويوافق الدكتور احمد سلامه على هذا الاتجاه ، المرجع السابق ص ٥٩ .

وصارت بذلك من مسائل الأحوال الشخصية . فما لا شك فيه ، ولا ينكره أحد ، أن المواريث بحسب أصل وضعها فى النظام القانونى المصرى تعتبر من الأحوال الشخصية ، ولكنها لما نظمت بالقانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ خرجت من نطاق مسائل الأحوال الشخصية لأنها وحدت بالنسبة للجميع ، اللهم الا فى الصورة التى يمكن فيها إعمال قواعد أخرى خاصة بغير المسلمين ، ففى هذه الحالة تعتبر — فى حدود هذه الصورة — أنها لازالت فى نطاق الأحوال الشخصية .

واذا ما سلمنا بأن المواريث فى هذه الحالة تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية ، فإنها تصير كالزواج وما يتصل به من المسائل التى تدخل فى نطاق الاحوال الشخصية ، وتبعاً لذلك يتعين خضوعها للشروط التى جاءت بها المادة ٦ من القانون ٤٦٢ ، مع مراعاة ما نص عليه المشرع من ضرورة اتفاق الورثة المعتبرين كذلك فى نظر الشريعة الاسلامية ، على أن يتم التقسيم طبقاً لشريعة المتوفى .

ومن هذا يتضح لنا أنه لامجال للتفرقة بين المواريث وبين غيرها من مسائل الأحوال الشخصية ، وخاصة فى الصورة التى يتفق فيها على إعمال قواعد الاحوال الشخصية ، حيث لا نكون بصدد تطبيق القواعد الموحدة فى المواريث ، والتى تسرى على جميع المواطنين ، وتبعاً لذلك لا نجد مجالا للقول بأن المادة ٦ « لا تجابه » هذه الحالة ، وانما هى « تجابه حالة توزيع ولاية الشريعة الاسلامية وولاية الشرائع الخاصة لغير المسلمين فى الأحوال التى لا يشترط فيها — ولا يجدى فى نفس الوقت اتفاق ذوى الشأن على استبعاد واحدة منها أو على تطبيقها . . . »[1] ، اذ الواقع أن المادة ٦ سالفة الذكر تجابه كل حالة يراد منها إعمال شريعة غير

(١) كما يقول أحمد سلامه ، المرجع السابق ص ٥٧

المسلمين فى مسألة من مسائل الأحوال الشخصية ولما كانت المواريث بحسب وضعها من الأحوال الشخصية ، وأن صدور قانون بشأنها لم يقض ـ طبقاً للرأى الذى رجحناه ـ على تعدد القواعد الواجبة التطبيق ، حيث تتاح الفرصة لتطبيق شرائع غير المسلمين ، فانه يجب تطبيق الشروط التى أوردتها هذه المادة بشأن المواريث فى هذه الخصوصية ، باعتبارها داخل نطاق الأحوال الشخصية فى هذا المجال فقط ، مجال الاحتكام الى الشرائع الملية .

هذا هو الأساس العام الذى نستند اليه فى الرد على الرأى السابق ، ومع ذلك فاننا نرى أن نتعرض بالتفصيل للرد على بعض الأمور التى أثيرت فى هذا الصدد .

فقد استند صاحب الرأى الذى نعرض له إلى الوضع السابق على القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ باعتبار أنه كان يكفى أن يتفق الورثة طبقاً للشريعة الاسلامية على الاحتكام إلى الشريعة الملية للمورث دون استلزام اتحاد الطائفة والملة . والواقع أنه لا يمكن الاستناد إلى هذا الوضع ، إذ لم يكن هناك نص تشريعى يضع شروطاً لتطبيق شريعة غير المسلمين التى ستطبقها الجهة القضائية المعروض أمامها النزاع . وإذا كان المشرع قد نص فى المادة ٦ من القانون ٤٦٢ على ضرورة توافر شروط معينة لتطبيق شريعة غير المسلمين بصفة عامة أمام القضاء ، فان ذلك يكون فى جميع الحالات « بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة .. » كما جاء بنص المادة ٦ سالف الذكر ، ما دمنا قد سلمنا أن المواريث تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية فى الصورة التى نحن بصددها .

ومن ناحية أخرى فقد قيل إن « إجازة اتفاق الورثة غير المسلمين على تقسيم التركة وفق شريعتهم يجب ألا يفهم منه أنه يسمح بأن يوجد فى مصر

أ كثر من قانون يحكم المواريث ، بل كل ما فى الأمر أن تطبيق شريعتهم يؤدى إلى تغيير التقسيم الثابت بحكم الشريعة الاسلامية ممثلة فى القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ . وبعبارة أخرى ، فان هذا الاتفاق على تطبيق الشريعة الخاصة هو فى حقيقة الأمر اتفاق على تقسيم التركة بعد ثبوت الحق فيها . ومثل هذا الاتفاق جائز حتى بالنسبة للمسلمين .. »

والواقع أننا نسلم بأنه لا يوجد أ كثر من قانون (بمعنى تشريع) يحكم المواريث وهو القانون ٧٧ سالف الذكر ، إلا أنه إلى جانب ذلك توجد القواعد الخاصة بغير المسلمين ، والتى يمكن إعمالها فى الحالات التى يتم فيها الاحتكام إلى الشريعة الدينية لغير المسلمين ، فهناك قواعد غير المسلمين ، فى حالة الاحتكام إليها بالنسبة لتقسيم التركة طبقاً لشريعة المتوفى . وتطبيق هذه القواعد قد يؤدى إلى « تغيير التقسيم الثابت بحكم الشريعة الاسلامية . . . » . ولا يقال إن هذا يتعارض مع النظام العام[1] . ومن جهة أخرى فان القول بأن الاتفاق على تطبيق الشريعة الخاصة «هو فى حقيقته اتفاق على تقسيم التركة بعد ثبوت الحق فيها » قد يؤدى إلى الفهم بأن التوزيع يتم بارادة الأفراد ، مع أن التوزيع يتم طبقاً لشريعة المتوفى وهذا يجب ألا يختلط بالتخارج ، كما يجب ألا يختلط أيضاً بالاتفاق بعد ثبوت صفة الشخص كوارث وتعيين نصيبه كذلك طبقاً لقواعد الميراث ، إذ أنه إذا ما ثبتت للشخص صفته ، وتحدد نصيبه ، أمكن الاتفاق بعد ذلك على التصرف فى النصيب ، لأنه تصرف فى الملك ، على ما سنرى فيما يلى : ولا يمكن التسليم بأن الاتفاق على تطبيق الشريعة الخاصة يشبه هذه الحالة[2] .

---

(١) كما يقول الدكتور أحمد سلامه ، السابق ص ٥٨ هامش ٢ . وهو هنا يعترف بامكان « تغيير التقسيم الثابت بحكم الشريعة الإسلامية » . وسنعود إلى هذا فى المتن حالا .

(٢) ومما يبين هذا الفارق أنه قد يحصل أن يتفق الورثة على إعمال شريعة المتوفى دون أن يعرفوا ما تخوله هذه الشريعة لكل وارث من نصيب ، وذلك فقط لمجرد عدم تطبيق الشريعة الإسلامية عليهم .

فالحقيقة أن الاتفاق هنا بين غير المسلمين يكون بقصد الاحتكام إلى الشريعة الملية ، وهذه الشريعة هى التى تفصل فى تحديد الأنصبة ، وليست إرادة الأفراد هى التى تحددها . فدور الارادة يقتصر على الاتفاق على أن « يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى » ، كما نصت المادة الأولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ . والنصيب الذى يئول إلى الشخص لا يئول إليه عن طريق الاتفاق مباشرة ، وإنما عن « طريق الميراث » كما يعترف صاحب الرأى نفسه .

وأخيراً يأتى شرط النظام العام . وقد انتقده صاحب الرأى الذى نحن بصدده كذلك . ويقول فى هذا الصدد « إن النصيب الذى تحدده الشريعة الاسلامية لكل وارث يعتبر من النظام العام ، حسب الرأى الغالب ، فاذا نحن تطلبنا عدم مخالفة حكم شريعة المتوفى للنظام العام لما أمكن قط انطباق هذه الشريعة ، لأن أحكامها فى جميع الأحوال تخالف النظام العام ، إذ الفرض أن طلب الورثة منصب على إعادة التوزيع وإعادة التوزيع معناه تغيير الأنصبة التى حددتها الشريعة الاسلامية ! »[1] .

ونحن لا ننكر أن النصيب الذى تحدده الشريعة الاسلامية يعتبر من النظام العام ، ولكن هذا يستلزم أن تكون هذه الشريعة هى الواجبة التطبيق ، سواء بالنسبة للمسلمين أم بالنسبة لغير المسلمين . فاذا لم تكن هذه الشريعة هى الواجبة التطبيق لا تثور فكرة النظام العام . فليس المقصود بالنظام العام أحكام الشريعة الاسلامية ، أو حتى قانون المواريث ، وذلك بطبيعة الحال فى الحدود التى يباح فيها الاحتكام إلى الشريعة الملية . فالمشرع نفسه قد أباح ، بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، الخروج على أحكام التقسيم طبقاً للشريعة الاسلامية ، وبالتالى قد يتغير التقسيم الثابت بحكم

---

(١) أحمد سلامه ، السابق ص ٥٨ .

الشريعة[١] ، ولا يعتبر ذلك مخالفاً للنظام العام . ولهذا فان النتائج التى وصلنا إليها — كما سنرى فيما يلى — من إمكان حصول غير المسلمين على أنصبة مغايرة لما كانوا يحصلون عليها طبقاً لقواعد الشريعة الاسلامية ، لا تعتبر مخالفة للنظام العام[٢] .

هذه هى الأسانيد التى رأينا أن نعرض لها بصفة عامة رداً على النقد السابق دون أن نعرض لتفصيلات أكثر ، مكتفين فى الرد على كل ما قد يثار فى هذا الصدد بما قلناه فى البداية من أن المواريث لا زالت تعد من مسائل الأحوال الشخصية فى الحدود التى تعمل فيها شريعة غير المسلمين ، وبالتالى يسرى عليها نص المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وما أورده من شروط[٣] .

ومع ذلك فاننا ينبغى أن نراعى أن فى الأخذ بالاتجاه الذى نراه ما يتمشى مع الحد من تعدد القواعد الواجبة التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية ، إذ يؤدى إلى الاقلال من فرصة تطبيق شرائع غير المسلمين فى هذا الصدد ، وإفساح المجال لتطبيق قانون المواريث . ولو أن المشرع قد ألغى نص المادة الأولى من

---

(١) وهو ما يقره صاحب هذا الرأى فى موضع آخر ، ص ٥٤ من المرجع نفسه .

(٢) وعلى ذلك فان الاعتراض على أننا لم نطبق هذا الشرط ، لامحل له ، كما فهم صاحب الرأى السابق ، انظر هامش ٢ ص ٥٨ من المرجع نفسه . ذلك أن التقسيم الذى يتم طبقا لشريعة غير المسلمين يبيحه القانون بنص المادة ١ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ سالف الذكر ، الذى يبيح الاحتكام إليها . ولا يمكن القول بأن ما يبيحه القانون هنا يتعارض مع النظام العام ، ولو خالف أحكام قانون المواريث نفسه من حيث التقسيم ، اللهم إلا إذا خالف هذا التقسيم الذى يتم طبقا لشريعة غير المسلمين النظام العام بالمعنى العام الذى ينصرف إليه هذا الشرط ، لا على أن النظام العام هو قواعد الشريعة الإسلامية أو قانون المواريث بالنسبة لتقسيم الميراث .

(٣) هذا وقد أيد البعض رأينا فى هذا الصدد ، انظر الدكتور عبدالودود يحيى ، الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، ١٩٦٠ ص ٢٧ — ٢٨

القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ الذى يبيح الاحتكام إلى شريعة غير المسلمين بصورة صريحة ،لجنبنا كل الخلافات السابقة ، ولجعلنا نطبق قانون المواريث على جميع المواطنين بصفة عامة مطلقة ، ونأمل أن يتنبه المشرع الى هذا وهو بسبيل تعديل شامل فى القوانين ، حتى لا يدع مجالا للخلاف فى هذا الصدد .

١٨ ـ بقاء فكرة الاحتكام الى الشرائع الدينية الى جانب الاحكام العامة فى المواريث:

على أننا إذا كنا نستلزم توافر الشروط السابقة حتى يمكن الالتجاء إلى تطبيق شريعة غير المسلمين بالنسبة إلى تقسيم الارث فيما بينهم ، فان مفهوم ذلك أنه يوجد نوعان من القواعد التى تحكم مسائل الميراث فى مصر . فهناك قواعد عامة تسرى على الجميع ، وهى مستمدة من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وما عليه الفتوى من مذهب أبى حنيفة ، عملا بنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى توجب العمل بأرجح الآراء من مذهب أبى حنيفة فى غير ما لم ينص عليه القانون ، وهناك قواعد أخرى خاصة بغير المسلمين يمكن تطبيقها اذا توافرت الشروط السابقة ، وذلك فى حالة اتفاق الورثة طبقاً للشريعة الاسلامية على الاحتكام الى الشريعة الدينية الخاصة . ولنا أن نتساءل الآن إذن عن مدى إعمال تلك القواعد الأخيرة ؟

قد يقال إن الاحتكام الى الشريعة الدينية للمتوفى لا يخرج عن أن يكون اتفاقا بين الورثة على توزيع التركة بعد ثبوت الحق فيها طبقا للشريعة الاسلامية وأن هذا الأمر شبيه بحالة التخارج ؛ واذا كان من الجائز التخارج ، فلماذا لا يقبل تحكيم الشريعة الملية اذا تراضى بذلك جميع الورثة طبقاًللشريعة الاسلامية؟ ألا يعد هذا التحكيم نوعا من التخارج ؟ [١]

---

(١) أنظر : الدكتور أحمد أبو الوفا : المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة ٤ سنة ١٩٥٦ . فقرة ٢٣٧ ص ٢٩٠

نبادر بالقول انه لا يمكن القياس على التخارج فى هذه الحالة . ولبيان ذلك يجب علينا أولا أن نعرف ماذا يقصد بالتخارج . فالتخارج كما نصت عليه المادة ٤٨ من القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ « هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شىء معلوم ، فاذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله فى التركة ، واذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم ، فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبائهم فيها ، وان كان المدفوع من مالهم ولم ينص فى عقد التخارج على طريقة قسمة نصيب الخارج ، قسم عليهم بالتسوية بينهم » . فالتخارج كما هو واضح من نص المادة ٤٨ يكون بعد ما يثبت لكل شخص نصيبه فى الميراث (النصف ، أو الربع . .) ، وبعد أن يثبت استحقاق الوارث لنصيبه على الوجه السابق يتفق مع وارث آخر أو مع باقى الورثة على الخروج من التركة وترك نصيبه فى الميراث فى مقابل معين يتفق عليه [1] .

واذا كان هذا هو الشأن بالنسبة للتخارج فاننا لا نخرج عن تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فى الميراث ، فهناك شخص تحددت صفته كوارث طبقاً لهذه الشريعة وثبت له نصيب فى التركة طبقاً لهذه الشريعة أيضاً ، ثم بعد هذا تنازل عن نصيبه فى مقابل معين ، لكى يخرج من حالة الشيوع ، أو لغير ذلك من الأسباب . فقواعد الميراث فى الشريعة طبقت بكاملها سواء من حيث تحديد صفة الشخص كوارث أو من حيث النصيب الذى ينبغى الحصول عليه . وكل ما حصل هو أن أحد الورثة تصرف فى نصيبه بعد أن ثبت له الحق فيه ، وهو

(١) وهذا ما جعل المحاكم تطبق عليه أحكام الغبن إذا كان هناك عدم تعادل بين نصيب الوارث وبين ماحصل عليه من ثمن فى مقابل نصيبه . انظر محكمة الاسكندرية المختلطة فى ١٦ أبريل ١٩٢١ ، الجازيت س ١١ ، ص ١٨٣ رقم ٢٥٩ .

يستطيع هذا طبقاً للقواعد العامة كذلك [1] .

ولا نعتقد أن هذا هو الشأن فى حالة اتفاق الورثة على تقسيم الإرث طبقاً لشريعة المتوفى ، أى فى حالة الاحتكام الى الشريعة الدينية ، بل ان الذى يفهم من عبارة نص المادة الأولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ بقولها إنه يجوز للورثة أن يتفقوا « على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى » أن المقصود هو توزيع الأنصبة بين الورثة ، فهو الذى ينبغى أن يتم طبقاً لشريعة المتوفى . طالما أن صفة الشخص كوارث ثبتت له طبقاً لأحكام الشريعة الاسلامية .

وعلى ذلك اذا ما ثبتت صفة الورثة طبقاً للشريعة الاسلامية ، انتهت المرحلة الأولى ، وبقيت بعد ذلك المرحلة الثانية ، وهى مرحلة تحديد النصيب الذى سيحصل عليه الوارث الذى ثبتت له هذه الصفة . وهذا التحديد هو الذى يتم طبقاً لشريعة المتوفى ، وقد يكون هذا التحديد مغايراً للشريعة الاسلامية من حيث المقدار [2] .

وهذه الحالة ، أى حالة اتفاق الورثة على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى ، تختلف عن حالة التخارج . ففى التخارج تثبت للشخص صفته كوارث ويثبت له كذلك النصيب الذى ينبغى أن يحصل عليه من التركة ، كل هذا طبقاً لأحكام الشريعة الاسلامية ، ثم بعد ذلك يتنازل الوارث أو يتصالح على أن يخرج نظير شىء معلوم فى مقابل ما كان ينبغى أن يحصل عليه . أما فى حالة الاتفاق على توزيع التركة طبقاً لشريعة المتوفى ، فإن الشخص تثبت له

---

(١) وعقد التخارج فى هذه الحالة ، كباقى العقود الأخرى ، يجوز الطعن فيه على أساس الغلط أو التدليس ؛ انظر حكما صادرا من المحاكم المختلطة فى هذا المعنى بتاريخ ٢٥ مارس ١٩٢٢ البلتان س ٣٤ ص ٢٦١ والجازيت س ١٣ ص ٢٨ رقم ٤١ .
وإذا كان المشرع قد نص على التخارج فان النص قد اتجه إلى تنظيم علاقة المتخارج مع غيره .

(٢) ولا يعد هذا مخالفا للنظام العام ، كما قدمنا .

صفته كوارث طبقاً للشريعة الاسلامية ، ويثبت له نصيبه فى التركة طبقاً للشريعة الدينية للمتوفى .

وهذا ما دعا المشرع إلى الحرص على النص دائماً على أن للورثة أن يتفقوا على توزيع التركة طبقاً لشريعة المتوفى وإلا لو كانت الشريعة الاسلامية هى التى تحدد صفة الشخص كوارث ونصيبه فى التركة ثم بعد ذلك يتفق الورثة على التوزيع طبقاً للشريعة الدينية للمتوفى ، لما كان المشرع بحاجة إلى النص على الاتفاق على تحكيم الشريعة الدينية ؛ لأن الاتفاق يكون ممكناً فى كل الحالات طبقاً للقواعد العامة التى تخول الشخص التصرف فى ملكه بعد أن يثبت له الحق فيه ، وتبعاً لذلك يكون النص الخاص بتحكيم الشريعة الدينية لغواً ، مع أن فيما تقول به إعمال له ، وإعمال النص خير من إهماله [(١)] .

وبذلك تبدو لنا أهمية الاحتكام إلى الشريعة الدينية للمتوفى ، إذ قد يحصل الورثة على أنصبة مغايرة لما كانوا سيحصلون عليه لو تم التوريث طبقاً للشريعة الاسلامية . ومن ذلك مثلا حالة ماذا انحصر الميراث فى ابن وبنت ، فطبقاً للشريعة الاسلامية تثبت لكل منهما صفة الوارث ، وإذا تم التوزيع طبقاً لأحكام هذه الشريعة كان للولد ضعف نصيب البنت ، لكن إذا اتفقا على الاحتكام إلى شريعتهما الدينية ، فقد ينال كل منهما نصف التركة بالتساوى بين الابن

---

(١) ولا يقاس على هذا حالة التخارج . لأن نص التخارج كما قدمنا بنظم هذه الحالة وكيفية حلول باقى الورثة أو أحدهم محل من خرج من التركة . يضاف إلى ذلك أنه لو كان الاتفاق على تقسيم التركة طبقا لشريعة المتوفى والتخارج شيئا واحدا ، لما كان المشرع بحاجة إلى النص فى القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ على الاتفاق على الاحتكام إلى الشريعة الدينية لأن القانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الذى نظم التخارج فى المادة ٤٨ منه كان قائما وقت صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ وكان فى وجوده ما يغنى المشرع عن إعادة تنظيم المسألة نفسها بنص جديد .

والبنت (كما هو الحال فى شريعة الأقباط الأرثوذكس) [(١)] .

بقاء فكرة الاحتكام إلى الشريعة الدينية حتى بعد صدور القانون المدنى :

وإذا انتهينا إلى أنه بالنسبة لمسائل الميراث فى مصر توجد قواعد عامة تطبق على مواريث جميع المصريين ، وأنه يمكن كذلك ، وعلى وجه الاستثناء ، تطبيق الشريعة الدينية للمتوفى إذا توافرت شروط الاحتكام إليها ، فإننا نتفق بذلك مع الرأى الذى ينادى بالابقاء على النص الخاص بمسألة الاحتكام إلى الشريعة الدينية الوارد بالمادة الأولى من القانون ٢٥ سنة ١٩٤٤ ، حتى بعد صدور القانون المدنى .

ذلك أنه لما صدر القانون المدنى فى سنة ١٩٤٨ ونص فى المادة ٨٧٥ / ١ منه على أن « تعيين الورثة ، وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة ، تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الاسلامية ، والقوانين الصادرة فى شأنها » ، رأى البعض [(٢)] أن هذا النص (وكذلك نص المادة ٩١٥ على ما سنرى عند

---

(١) وقد تتحدد صفة الوارث طبقا للشريعة الإسلامية ، كما فى المثال المذكور ، ولكن إذا رجعنا إلى الشريعة الدينية لرأينا مثلا أنها تورث الابن فقط دون البنت ، كما فى الشريعة اليهودية ، والغالب فى مثل تلك الحالات ألا يتفق الورثة على تطبيق شريعتهم الدينية ، فتطبق الشريعة الإسلامية . وهذا ما يجعل الاحتكام إلى الشرائع الدينية أمرا نادرا .

(٢) انظر الدكتور عبد المنعم الشرقاوى ، شرح المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٣١ ص ١٩٩ — ٢٠٠ ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد ١٩٥٠ فقرة ٣٨ ؛ الدكتور محمد على عرفة ، أسباب كسب الملكية ، ١٩٥٢ ، فقرة ٣٨٥ وفقرة ٣٩٦ (وقد أشير إليهم فى ص ٣٣٨ من مؤلف الدكتور حسن كيرة فى أصول القانون ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٨) ؛ وانظر أيضا : الدكتور رمزى سيف : الوجيز فى قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى ، الطبعة الأولى ١٩٥٧ فقرة ٧٠ ص ١٧٥ . ومن أنصار هذا الرأى كذلك الدكتور جميل الشرقاوى ، فى مؤلفه : الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، الكتاب الأول فى شرائع الوطنيين ١٩٥٩ — ١٩٦٠ ص ١٢ وانظر نقده لما ذهبنا إليه بهامش ص ١٣ . وهو يعتمد على ما أخذت به المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد .

كلامنا عن الوصية فيما يلى) ، قد نسخ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ والذى يجعل للشرائع الدينية لغير المسلمين ولاية تحكيمية فى مسائل الميراث والوصية . وقد أيدوا رأيهم بما ورد فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى حيث قيل إن الشريعة الاسلامية والتقنينات المستمدة منها هى التى تنطبق على مواريث المصريين جميعاً ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين ، ولا ينطبق قانون الملة على غير المسلمين ، حتى ولو اتفق الورثة جميعاً على أن ينطبق .

إلا أن هذا الرأى قد انتقد . فطبقاً لقواعد الالغاء ، يعتبر الحكم الذى أوردته المادة ٨٧٥/١ حكما عاما ، والحكم الوارد فى القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ حكما خاصاً ، والمعروف أن الحكم العام لا ينسخ الحكم الخاص . وعلى ذلك تظل أحكام القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ فى شأن الاحتكام الى الشرائع الدينية لغير المسلمين قائمة رغم نص المادة ٨٧٥ من القانون المدنى .

والواقع أن الحكم الذى أوردته المادة ٨٧٥ إنما هو حكم عام قصد به الإحالة الى الشريعة العامة أو الغالبة وهى الشريعة الاسلامية ، فى بلد تتعدد فيه الشرائع وتتزاحم فيما بينها ، فلتزاحم قوانين الملة ولصعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق فى مسائل التنازع الداخلى ، اعتبر المشرع الشريعة الاسلامية قانونا غالباً فى مصر بين مختلف الشرائع التى يتألف منها النظام المركب [1] .

وقد حرص المشرع فى المشروع التمهيدى للمادة ٨٧٥ على أن يشير الى تطبيق الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها بالنسبة لمسائل الميراث (والوصية) ما لم يرد فيها نص خاص [2] . ولكن النص حذف فى لجنة المراجعة

---

(١) أحمد أبو الوفا : المرجع السابق ، فقرة ٢٣٧ ص ٢٩٠ ، حسن بغدادى : مجلة الحقوق السنة الأولى ، ص ٦١٣ وما بعدها .

(٢) أنظر المادة ١٣٠٧ من المشروع التمهيدى ، الأعمال التحضيرية جزء ٦ ص ٢٠٥

ولم تشر المذكرة الايضاحية الى سبب حذفه ، إلا أن من المفهوم أن مثل ذلك القيد من المبادىء المسلمة وأنه لم يكن هناك داع للنص عليه ، اذ من المعلوم أن الحكم العام (الوارد فى المادة ٨٧٥) لا يمكن أن يلغى الحكم الخاص (الوارد فى القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، وأن الحكم الخاص يطبق الى جانب الحكم العام باعتباره استثناء وارداً عليه [1] .

ولا عبرة بما جاء فى المذكرة الايضاحية من أن قانون الملة لغير المسلمين لا ينطبق « حتى ولو اتفق الورثة جميعاً على أن ينطبق » ، لأن المذكرة الايضاحية ليست لها صفة إلزامية أمام ما يتضح من وجوب الأخذ بعكسها ، طبقاً للقواعد العامة فى التفسير [2]

١٩ ـ لحاق دعوى النسب بالميراث : ويتصل بدراسة المسائل المتعلقة بالميراث مسألة هامة ثار حولها الخلاف ، وهى مسألة ثبوت النسب إذا ما تفرعت عن دعوى الارث ، ومدى اختصاص الشريعة الدينية لغير المسلمين بالفصل فيها .

ولا جدال فى أن مسألة النسب تعتبر من الاحوال الشخصية كما جاء فى المادة ١٣ من قانون نظام القضاء [3] . فاذا ما رفعت دعوى النسب مستقلة ، كما

---

(١) انظر فى هذا : حسن كيره : أصول القانون ، المرجع السابق ، ص ٣٢٩ بالهامش وكذلك ص ٤٠٣ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٣٢٩ بالهامش ، أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٩٠ وقد رأى البعض أنه يمكن حمل ما جاء فى المذكرة الإيضاحية من عدم جواز الاتفاق على تحكيم شريعة المتوفى إلى ما يتعلق بالنظام العام من قواعد الميراث والوصية (حلمى بطرس ، المرجع السابق ص ٢٩) ، وهذا مفهوم بطبيعة الحال من الشروط التى استلزمناها فيما سبق لتطبيق الشريعة الدينية لغير المسلمين على مواريثهم .

(٣) انظر أيضا ، استئناف مصر الأهلية فى ١٣ أبريل سنة ١٩٢٨ ، المحاماة س ٨ رقم ٥٥٢ ص ٩١٤ ؛ استئناف مختلط فى ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ ، الباتان ، س ٣٤ ص ٣١٧ وقد جاء فى الحكم الأول أنه «تجب التفرقة بين دعوى النسب ودعاوى الإرث . فالأولى =

إذا رفعت حال حياة المورث ، طبقت فى شأنها الشريعة الملية لغير المسلمين ، إذا ما توافرت شروط تطبيق تلك الشريعة ، على ما سنفصله فيما بعد[1] .

ولكن ثار الخلاف بين المحاكم الشرعية والمحاكم المختلطة ، فيما مضى ، بالنسبة لدعوى النسب إذ ما تفرعت عن دعوى إرث فى تركات غير المسلمين[2] . وقد تعرضت محكمة النقض[3] لهذا الموضوع ورجحت اختصاص المحاكم الشرعية قبل إلغائها ، فقررت أنه :

« مما لا نزاع فيه أن دعاوى الإرث ، بالنسبة لغير المسلمين من المصريين أو من فى حكمهم ، من اختصاص القضاء الشرعى ، يجرى فيها على وفق أحكام الشريعة الاسلامية . ولكن إذا اتفق المتزاحمون فى الميراث على أن مجلسهم الملى يفصل فى النزاع بينهم ، فان الخصومة تنعقد بينهم أمامه على أساس احتكامهم إليه ، والقاعدة الشرعية كما نصت عليها المادة ٣٥٥ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا هى : « تثبت الابوة والبنوة والاخوة وغيرها من أنواع القرابة بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول . ويمكن اثبات دعوى الابوة والبنوة مقصودة بدون دعوى حق آخر معها ، إذا كان الاب أو الابن المدعى

= من مسائل الأحوال الشخصية التى يختص المجلس الملى بالفصل فى الدعاوى القائمة بشأنها بين الأقباط طبقا للمادة ١٦ من الأمر العالى الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب اختصاصات مجلس الأقباط الأرثوذكس العام . أما الثانية فمن اختصاص المحاكم الشرعية ، ولو كانت بين غير المسلمين ، مالم يتفق الاخصام على رفعها إلى المجالس الملية على سبيل التحكيم » .

(١) قارن ، أحمد صفوت : المرجع السابق ، ص ٢٨

(٢) انظر فى تفصيل هذا الخلاف : المرجع السابق ، ص ٢٦ — ٢٨

(٣) الحكم فى ١٨ يونيو ١٩٤٢ طعن رقم ٦١ س ١١ ق (مجموعة القواعد القانونية التى قررتها المحكمة فى ٢٥ عاما ، جزء أول ، ص ١٣٥ رقم ١٧ ، ومنشور أيضا فى مجموعة عمر جزء ٣ ، رقم ١٧٤ ص ٤٧٧) .

عليه حيًا حاضراً أو نائبه . فان كان ميتًا فلا يصح اثبات النسب منه مقصوداً ضمن دعوى حق يقيمها الابن والاب على خصم . والخصم فى ذلك الوارث أو الوصى أو الموصى اليه أو الدائن أو المديون . كذلك دعوى الاخوة والعمومة وغيرها لا تثبت الا ضمن دعوى حق » . ومعنى ذلك أن دعوى النسب بعد وفاة المورث لا يمكن رفعها استقلالا بالنسب وحده ، بل يجب أن تكون ضمن دعوى حق فى التركة يطلبه المدعى مع الحكم بثبوت نسبه ، مما ينبنى عليه أن اختصاص القضاء الشرعى دون سواه فى دعوى الارث بالنسبة لغير المسلمين يستتبع حتما اختصاصه بدعوى النسب ، عملا بقاعدة أن قاضى الأصل هو أيضًا قاضى الفرع . أما القول بفصل دعوى النسب عن دعوى الميراث وجعل الأولى وحدها من اختصاص المجلس الملى لا القضاء الشرعى ، فانه فضلا عن مخالفته لهذه القاعدة يؤدى إلى أن يكون اختصاص القضاء الشرعى بدعاوى الميراث لا مجال له لأنه إذا اعتبر ثبوت النسب مسألة أولية يجب الفصل فيها أولا من الجهة الملية ، فان دعوى الميراث لا تكون إلا مجرد تقسيم للتركة ، وهذا لا يقتضى الالتجاء إلى القضاء وإذن فان رأت محكمة الموضوع أن حكم المجلس الملى فى دعوى الميراث لم يكن بناء على تحكيم الخصوم ، فانه لا يكون لها أن توقف الدعوى للفصل فى النزاع من جهة القضاء الشرعى » .

ويبين من حكم محكمة النقض أنه قد فصل فى مسألة دعوى النسب التى لا ترفع استقلالا ، بل ترفع ضمن حق فى التركة ، يطالب به المدعى . وإذا كان الحكم قد انصب مباشرة على الفصل فى مسألة الاختصاص القضائى وجعله من اختصاص المحاكم الشرعية ، إلا أنه يفهم منه أيضًا أنه إذا كانت الشريعة الاسلامية هى التى تتولى تحديد صفة الوارث بالنسبة لغير المسلمين[1] فان هذا يستتبع أيضًا

---

(١) وهذا ما فصل فيه المشرع ، سواء فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، أو فى القانون المدنى (مادة ٨٧٥) .

فصلها فى مسألة النسب ، لأنها مسألة أولية يجب الفصل فيها أولا حتى يمكن ، على ضوء الفصل فيها ، تحديد صفة الشخص كوارث طبقاً للشريعة الاسلامية .

هذا وقد قضت محكمة الاسكندرية فى حكم حديث لها بأنه عند اختلاف الطائفة والملة تطبق الشريعة الاسلامية فى أحكام النسب[1]

ثانيا : الوصايا :

٢٠ ـ الوضع السابق على توحيد الحكم بالنسبة للميراث والوصية فيما يتعلق بمدى اختصاص القضاء الطائفى بالوصية : ـ إذا كان من المسلم به أن اختصاص المجالس الملية فى مسائل الميراث لم يكن اختصاصاً إلزامياً ، بل كانت تلك المجالس تختص فقط إذا اتفق جميع الورثة المعتبرين كذلك فى نظر الشريعة الاسلامية على الاحتكام إليها ، وعلى تطبيق شريعتهم الدينية ، كما بينا ، فان الامر لم يكن مسلماً به كذلك بالنسبة للوصية وهذا يستلزم أن تقف هنا قليلا لنوضح حقيقة الأمر بشأن الوصية قبل أن يقول القضاء كلمته وقبل أن توحد قواعد الوصية بالنسبة لجميع المصريين بصدور القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

وإذا ما تتبعا المسألة من بدايتها وسرنا معها فى تطورها حتى نصل إلى الوضع الذى استقر فى مصر ، فانه يمكننا الوقوف على ما هنالك من صلة بين الماضى والحاضر ، ومدى ما كان للمجالس الملية قبل إلغائها من اختصاص بالنسبة للوصية ، ومدى ولاية الشرائع الدينية لغير المسلمين بشأنها . وهذا ما عنى به حكم محكمة النقض الصادر فى أول إبريل سنة ١٩٤٣ .

على أن من يتتبع سير الأمور يرى أن الشريعة الاسلامية تقضى بأن الأصل هو سريان أحكامها على جميع رعايا الدولة ، وأن الأصل كذلك فى ولاية القاضى

---

(١) الحكم فى القضية رقم ٧١ لسنة ١٩٥٦ كلى فى ١٦ أبريل ١٩٥٧ (غير منشور) وقد كان الأب أرثوذكسيا والأم كاثوليكية .
انظر كذلك : أحمد صفوت : المرجع السابق ، ص ٣٩ .

المسلم هو عموميتها وشمولها للجميع . إلا أن المسائل التى تتصل بالعبادات والعقيدة قد خص بها المسلمون وحدهم ؛ فولايتها قاصرة عليهم ، ويخضع أهل الذمة فى هذه الأمور المتصلة بالعبادات والعقيدة لشرائعهم الدينية منعاً للمراغمة فى العقيدة ، كما أنهم يخضعون لشرائعهم الدينية أيضاً فيما ألحق بالعبادات حكماً ، وهو الزواج وتقوم الخمر والخنزير . وعلى ذلك فان غير المسلمين يخضعون لشرائعهم الدينية فى كل ما يتصل بالعبادات والعقيدة وما ألحق بهما من حيث الحكم ، إلا إذا تراضى المتخاصمون واتخذوا من رجال دينهم محكمين للفصل فيما يقوم بينهم من نزاع . ويتبين من هذا أن الميراث والوصية يخضع فيها المسلمون وغيرهم لقواعد واحدة لأنها من المعاملات باجماع الفقهاء المسلمين [1] ، أى أن أحكامها تنفذ بالنسبة لأهل الذمة كذلك ، على أساس أنهم بعقد الذمة قد ساووا المسلمين فى المعاملات والتبرعات . فكما أن الوصية فيما زاد على الثلث والوصية لبعض الورثة لا تجوز من المسلم مراعاة لحق ورثته ، فهى كذلك لا تجوز من الذمى . وقد ثار الخلاف بين الفقهاء فيما يتفرع على تلك القاعدة ، مما يتعلق بأغراض الوصية وأشخاص الموصى لهم [2] .

هذا هو الوضع فى الشريعة الاسلامية ، وهو ما كان مطبقاً فى مصر حتى صارت ولاية عثمانية فتأثرت بما كان يجرى فى تلك الدولة . ولما صدر الخط الهمايونى فى فبراير سنة ١٨٥٦ ، وهو يعد فى الواقع دستوراً للحكم والنظام الادارى والقضائى فى الدولة العثمانية ، سلب من الهيئات غير الاسلامية ، ما كان

---

(١) انظر فى هذا : الدكتور حسن بغدادى : الاختصاص التشريعى والقضائى بالنسبة لمواريث غير المسلمين ووصاياهم ، تعليقات على الأحكام ، مجلة الحقوق ، ص ٦٤٤ ــ ٦٤٨ ، وحكم النقض فى أول أبريل ١٩٤٣ ، مجموعة عمر ، جزء ٤ رقم ٣٧ ص ٧٤ وما بعدها .

(٢) حكم النقض السابق ، مجموعة عمر جزء ٤ ص ٨١ .

قد منح لها من اختصاصات قضائية[1] ، ولم يترك للقضاء الطائفى إلا ولاية تحكيم بالنسبة لما أبقى له من اختصاص فيما يتعلق بالامتيازات الروحية والدعاوى الخاصة، مثل الحقوق الارثية[2] . . . ومعنى ذلك أن مسائل المواريث والوصايا أصبحت بذلك لا تدخل فى ولاية القضاء الطائفى إلا إذا تراضى الأشخاص الذين تثبت لهم الشريعة الاسلامية حقاً فى التركة عن طريق الميراث أو الوصية ، وبشرط اتحاد الديانة والمذهب[3] . وعلى ذلك فان الخط الهمايونى الصادر سنة ١٨٥٦ قد « أعاد الأمور إلى نصابها تجرى على حسب الشريعة الاسلامية ، وأصبح التجاء أهل الذمة إلى رؤسائهم الدينيين من قبيل التحكيم ليس إلا »[4] .

وبعد الخط الهمايونى صدرت منشورات وتحريرات سامية[5] ، والذى يستفاد منها هو بقاء الاختصاص فيما يتعلق بالمواريث والوصايا للقضاء الشرعى (عدا التحكيم طبعا) ، اللهم إلا بالنسبة لطائفة الروم الأرثوذكس ، إذ تقرر لها بموجب منشور صادر سنة ١٨٩١[6] الاختصاص بالوصايا التى توجد بتركة من يموتون

---

(١) فقد رأت الدولة العثمانية ، حينما استولت على القسطنطينية ، ولاعتبارات سياسية محضة ، أن تسلك مع الروم الأرثوذكس مسلكا مغايرا للسياسة الإسلامية العامة ، فتركت لبطريكهم سلطة قضائية عليهم ، ولكن الخط الهمايونى سنة ١٨٥٦ سلب ما كان لغير المسلمين من امتيازات فى الدعاوى الجنائية والتجارية والمدنية ... (انظر المواد ١٦ ، ١٧ ، ١٨ من الخط الهمايونى) ، وانظر نص ذلك الخط الهمايونى فى فيليب جلاد ، السابق ، جزء ٥ ص ١٨٦ — ١٨٩ .

(٢) انظر المادة ١٨ من الخط الهمايونى .

(٣) حسن بغدادى ، المرجع السابق ، ص ٦٥

(٤) حكم النقض السابق ، مجموعة عمر جزء ٤ ص ٨٢

(٥) انظر فى هذا حكم النقض السابق ، وكذلك حسن بغدادى ، السابق ، ص ٦٥٠ وما بعدها وانظر أيضا .Messina : Traité de droit Civil Egyptien mixte,t. 3,P. 127 et s

(٦) انظر : فيليب جلاد ، السابق ، ص ١٩٢ — ١٩٤

من أتباعها ، متى توافرت شروط معينة . وحتى بالنسبة لهذه الطائفة فان اختصاصها بالنظر فى الوصية لم يقصد منه إلا تخويلها ولاية فى توثيق الوصايا وإلى جعلها مرجعاً للفصل فى صحة التوثيق لا أكثر . « ومن التجوز أن يقال إن هذا الوضع ينطوى على تقليد ولاية قضائية حقة فى مسائل الوصية ، بل هو أقرب إلى إثبات اختصاص إدارى يعهد به إلى هيئة من هيئات التوثيق العامة ، إن جعل لها أن تدلى برأى قطعى فى صحة الاجراءات التى تتبع أمامها[1] » .

وعلى ذلك فان كل ما طرأ من تعديل على الخط الهمايونى هو جعل اختصاص قضاء طائفة الروم الأرثوذكس ، وبالتالى قانونها الشخصى ، يختص بالنظر فى شكل الوصية التى يشترك فى توثيقها ، هذا إلى جانب اختصاصها فى مسائل الزواج. ومعنى ذلك أن الذى لا يتصل بالشكل من الأحكام الموضوعية ، كقصر النصاب الجائز فيه الايصاء على الثلث ، وعدم جواز الوصية للوارث إلا باجازة الورثة ، وتحديد أهلية الموصى ، كل هذا يرجع فيه إلى الشريعة الاسلامية وإلى المحاكم الشرعية ، ما لم تتوافر شروط الترافع إلى القضاء الطائفى على سبيل التحكيم كما ورد فى الخط الهمايونى[2] .

إلا أن ما ورد بالنسبة لطائفة الروم الارثوذكس قد أول تأويلا خاطئاً بسبب خطأ وقع فى الترجمة التركية إلى العربية أو الفرنسية فى المحرر الذى أبلغت به الحكومة المصرية بالتحريرات السامية التى صدرت سنة ١٨٩١ ومنها المحرر الصادر فى ٣ فبراير ١٨٨١ والخاص بوصية الروم الارثوذكس ، وقد أدى ذلك التأويل الخاطىء للمحرر إلى جعل الكثيرين يفهمون منه أنه عمم مسألة جعل

---

(١) حسن بغدادى ، السابق ، ص٦٥٦ وانظر كذلك حكم النقض فى ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ، جزء أول رقم ٢٠٠ ص٤٥٤ وما بعدها وخاصة ٤٧١ — ٤٧٣

(٢) المرجع السابق ، ص ٦٥٧ وانظر أيضا ص ٦٥٨ — ٦٦٠ والمراجع المشار إليها فى هذه المناسبة .

الوصية تدخل فى ولاية جميع الطوائف الاخرى غير الاسلامية ، مع أن حقيقة الامر كما بينا ، وأن إجماع من توفر من رجال الفقه والقضاء على دراسة نظم الطوائف فى الدولة العلية ينعقد على أن الحكم الخاص باثبات الاختصاص الطائفى فيما يتعلق بشكل الوصية كان قاصراً على طائفة الروم الارثوذكس دون غيرها[1] .

وقد طبق النظام السابق الذى عمل به فى الدولة العثمانية فى مصر حتى إلى ما قبل الاصلاح القضائى . ومعنى ذلك أن مواريث غير المسلمين ووصاياهم ظلت خاضعة لولاية الشريعة الاسلامية والقضاء الشرعى ، ما لم تتوافر شروط تحكيم القضاء الملى . بل إنه فى هذه الحالة الاخيرة ، كان كثير من المجالس الطائفية يطبق الشريعة الاسلامية بوصفها قانوناً لها . وقد سارت على ذلك أغلب الطوائف ، إذ أن الشريعة المسيحية لم تأت بأحكام خصوصية دينية فى شأن الوصية ، ولذلك كانوا يخضعون لاحكام البلاد القاطنين فيها ، فأصبحت القواعد الموضوعية فى الشريعة الاسلامية تطبق عليهم فى شأن الوصية . وقد كان هذا هو الحال بالنسبة لأغلب الطوائف ولا سيما الطوائف الكاثوليكية[2]

---

(١) حسن بغدادى : المرجع السابق ، ص ٦٥٩ والمراجع التى أشار إليها فى الهامش رقم ١ وكذلك ص ٦٦٣ ، وانظر أيضا حكم النقض السالف الذكر ، مجموعة عمر ، جزء ٤ ص ٨٥ — ٨٦

(٢) وقد جاء فى مختصر القواعد الأساسية فى الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية (فيليب جلاد ، قاموس الإدارة والقضاء ، جزء ٥ ، ص ٣٩٩) أن الشريعة المسيحية لم تأت بأحكام خصوصية دينية فى شأن الولى والوصى والحجر والهبة والوصية . . لأن المسيحيين يخضعون ديانة لأحكام ملوكهم فى مثل هذه الأمور ، حيث كانت تلك الأحكام مطابقة لقواعد العدل والحق . . وعلى ذلك يرجع فى المسائل التى نحن بصددها الى كتاب الاحكام الشرعية فى الاحوال الشخصية ، مع اعتبار الملاحظات الآتية : يقترف الموصى الخطأ المميت ديانة =

ثم بعد ذلك صدرت القوانين المنظمة لبعض الطوائف فى مصر . فصدر أولا الدكريتو الخاص بطائفة الاقباط الارثوذكس فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ ونصت المادة ١٦ منه على أن من وظائف المجلس الملى النظر فيما يحصل بين أبناء الملة من الدعاوى المتعلقة بالاحوال الشخصية ، « إنما مسائل المواريث لا تنظر الا باتفاق جميع أولى الشأن .. » وقد صرفت عبارة « مسائل المواريث » فى هذا النص إلى نظام الخلافة بسبب الوفاة ، سواء تعلق الامر بدعوى ميراث أو وصية[1] .

إلا أن صدور المحررات السامية فى سنة ١٨٩١ وما وقع فيها من خلط خاص بوصايا الروم الارثوذكس كما بينا من قبل ، كان له أثره فى التشريعين اللذين صدرا بعد ذلك منظمين لطائفتى الانجيليين الوطنيين (أول مارس ١٩٠٢) والأرمن الكاثوليك (١٨ من نوفمبر ١٩٠٥) . فقد نصت المادة ٢١ من التشريع الخاص بالانجيليين (وهى مطابقة للمادة ١٦ من الأمر العالى الخاص بالأرمن) على أن المجلس يختص بسماع وفصل جميع المسائل المتعلقة بادارة الاوقاف الخيرية أو بالاحوال الشخصية .. على أن الاختصاص لا يتناول أية مادة من المواد التى لا يمكن الفصل فيها إلا باحضار أشخاص غير إنجيليين أمام المجلس بصفة خصوم فى الدعوى ، ولا فى « مسائل المواريث الخالية عن الوصية » إلا فى حالة ما إذا قبل الخصوم التقاضى أمام المجلس المذكور . فالذى يلاحظ على هذا النص

= فى عدم تركه نصيبا من ماله لاخوته المحتاجين الكائنين فى حالة ضرورة شديدة ان لم يمنعه عن ذلك مانع قوى ولائق ومقبول عقلا ، كما أن الموصى لايخلو من اثم خفيف ديانة إن لم يسعف ذوى قرباه الدمويين بشىء من ماله .

(١) انظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٠ أبريل ١٨٩٩ البلتان ١١ ص ١٠١ و ٧ مايو ١٠٩٢ البلتان ١٤ ص ٢٨١ . وانظر حسن بغدادى ، مجلة الحقوق السنة الاولى ٦٦٢ ، وقارن ما أورده المستشار تادرس ميخائيل فى كتابه (القانون المقارن فى الاحوال الشخصية للاجانب فى مصر) طبعة ١ سنة ١٩٥٤ ص ٣٢ .

أنه أضاف إلى المواريث وصفاً جديداً هو « الخالية عن الوصية » . وهنا يظهر أثر الخلط الناشىء عن تعميم مسألة اختصاص الطوائف غير الاسلامية بالوصايا والذى جاء من خطأ فى ترجمة التحرير السامى الصادر سنة ١٨٩١ والذى أرسل إلى مصر ، وفهم منه أن ما جاء بشأن وصايا الروم الارثوذكس فى التحرير الصادر فى ٣ فبراير ١٨٩١ كان عاماً على جميع الطوائف ، مع أن التحرير الذى بلغ إلى مصر لم يكن يعنى تعميم أمر الوصية بل تعميم مسائل أخرى لم يكن من بينها الوصية .

وقد يفهم من عبارة المواريث « الخالية عن الوصية » أن هناك تفرقة بين الميراث والوصية ، وأنه إذا كانت « المواريث الخالية عن الوصية » تدخل فى الاختصاص التحكيمى للطوائف ، فالمواريث الايصائية تدخل فى اختصاصها الالزامى.

ولكن الفقه يذهب فى هذا الصدد ، إلى أنه مهما يكن من شأن ما قد يفهم من عبارة « المواريث الخالية عن الوصية » ، فلا شك أن فى إنزال الأحكام الموضوعية من الوصية منزلة أحكام الميراث من حيث الاختصاص القضائى والتشريعى ـ وخاصة لما بين أحكام الميراث والوصية من وثيق الصلة ـ مما يمتنع معه اختلاف المعاملة ، وخاصة من حيث الاختصاص التشريعى[1] .

وعلى ذلك فميراث غير المسلم ووصيته يرجع فى شأنهما إلى الشريعة الاسلامية ما لم تتوافر شروط التحكيم إلى الشريعة الملية ، على الوجه الذى سبق لنا بيانه عند الكلام على المواريث . وهذا هو ما يستفاد من أحكام الخط الهمايونى

---

(١) انظر فى هذا ، مفصلا : حسن بغدادى : مجلة الحقوق ، السنة الاولى ص ٦٦٤ وما بعدها وقد أظهرت الظروف التاريخة التى وضعت فيها المادة ٢١ الخاصة بالأنجيليين والمادة ١٦ الخاصة بالارمن الكاثوليك. وانظر أيضا رسالته السابق الاشارة إليها (بالفرنسية) ص ٣٥٢ وما بعدها، وكذلك ص ١٥٠ وما بعدها . وبالنسبة لارتباط الوصايا بالمواريث ، أنظر كذلك : عبدالمنعم رياض : المرجع السابق ، فقرة ٤٧٤ ص ٤٢٤ .

والتحريرات والمنشورات اللاحقة له . ولم يكن هناك بين الطوائف غير الاسلامية سوى طائفة الروم الأرثوذكس التى أعطيت ولاية خاصة بالنسبة للوصية على النحو الذى سبق لنا بيانه ، وأن ما جاء بالنسبة لهذه الطائفة لا يمتد إلى غيرها من الطوائف الأخرى .

وإذا كان من المسلم به أن تطبيق الشريعة الاسلامية بالنسبة لمواريث غير المسلمين لا ينطوى على أى مساس بالعقيدة ، فان التسليم بذلك بالنسبة للوصية أوجب ، متى أبيح لغير المسلم أن يوصى بما هو قربة عنده . وقد أقرت محكمة النقض هذا الاتجاه فى أحد أحكامها[1] حيث قررت أن « وصية غير المسلم كوصية المسلم لا تصح إلا لموجود حقيقة أو حكما ، ولا تجوز بأكثر من الثلث ولا تجوز لوارث إلا باجازة باقى الورثة » . وقد أوضحت المحكمة هذا المبدأ الذى وضعته وبينت أساسه ، ثم ذكرت بعد ذلك أن أصل حكم الشريعة الاسلامية فى وصايا غير المسلمين أنها إنما تصح إذا كانت قربة عند المسلمين وعند الموصين ، بحيث أنها إذا كانت قربة عند الموصين فقط وليست قربة عند المسلمين ، فالرأى الراجح أنها لا تجوز . فمن أوصى من المسيحيين مثلا لبناء الكنائس والبيع أو لاعانة الرهبان على الرهبنة ، فان وصيته تكون باطلة فى رأى صاحبى أبى حنيفة ، لانها إذا كانت قربة عند الموصى فليست قربة عند المسلمين . هذا هو الأصل الذى كان يمكن أن يقضى به القضاة الشرعيون إذا ما رفع إليهم الامر ، ولكن لما كانت الوصية على الكنائس والبيع والقسس والرهبان هى من أهم ما يتوصل به المسيحى لنيل ثواب الاخرة ، كما يتوسل المسلم بالوصية المساجد والشريعة الاسلامية ، فاجراء ذلك الحكم الشرعى على وصايا غير المسلمين فيه

---

(١) حكم النقض فى ٢١ يونيو ١٩٣٤ ، مجموع عمر ، جزء أول رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤ وما بعدها ـ وقد تعرضت المحكمة لهذا الموضوع بطريق عارض لم تكن هناك حاجة إليه للفصل فى الطعن .

إحراج عظيم لهم . وهذا هو المعنى الذى يهتم له المسيحيون ويعملون على تنفيذ وصاياهم فيه . فمتى صرح لهم بأن الثلث الذى لهم الحق فى الوصية به يصح أن يكون على وجوه معتبرة فى دينهم ، فقد كمل غرضهم . أما أن يدعوا أن هذا الثلث أو أكثر منه يصح أن يوصى به لوارث ، فان هذه مسألة مالية صرفة لا علاقة لها بالدين ، بل هى من أمور الاحوال العينية التى يكون فيها التشريع عاما لكل الرعايا مهما اختلفت أديانهم[1] .

وينبغى أن ننبه أخيراً فى هذا الصدد إلى أن ما جاء بشأن الميراث والوصية فى القانون المدنى الأهلى الملغى فى النصوص العربية من أن الحكم فى المواريث يكون على حسب المقرر فى الاحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى ، ووجوب مراعاة الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها الموصى فيما يتعلق بأهليته لعمل الوصية ... (أنظر المواد ٥٤ و ٥٥ وكذلك المادة ١٣٠ من القانون المدنى الملغى) لم يكن يقصد فيها الاحالة إلى قانون الملة بشأن المواريث والوصايا وإنما كانت تلك النصوص تعنى بالتنازع الدولى للقانون لا بالتنازع الداخلى ، وكان المقصود بقانون « الملة » فى تلك النصوص هو قانون الجنسية فى نطاق التنازع الدولى[2] . ولعل مما يؤكد هذا الاتجاه هو تدخل المشرع نفسه بالتعديل، فصدر القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ معدلا للمادتين ٥٤ و ٥٥ من القانون المدنى

(١) انظر الحكم المشار إليه فى الهامش السابق ؛ وانظر فى اختلاف الحنفية حول جواز وصية غير المسلم بما هو قربة عنده دون أن يكون كذلك عند المسلمين : البحر الرائق ، القاهرة سنة ١٣٣٤ هجرية ص ٤٤٥ ، فتح القدير ، جزء ٨ ، القاهرة سنة ١٣١٨ هجرية ص ٤٨٥ .

(٢) انظر رسالة الدكتور حسن بغدادى ، السابق الإشارة إليها ، ص ٣٠٣ وكذلك ص ٢٢٢ وما بعدها . وانظر أيضا تعليقاته على الأحكام بمجلة الحقوق ، س ١ ، ص ٦٢٨ وما بعدها . وكذلك حكم النقض فى أول أبريل ١٩٤٣ ، مجموعة عمر ، جزء ٤ ص ٩٠ — ٩٢ .

واستبدل بعبارة « الاحوال الشخصية المختصة بالملة » عبارة « قانون البلد » .
وهذا يؤكد أنه فى حالة الميراث والوصية لم يكن المقصود تطبيق القوانين الدينية على المصريين .

٢١ — حكم النقض وقطعه فى تسوية الوصية بالميراث من حيث ولاية الشريعة الاسلامية والاحتكام الى الشريعة الملية : ولقد حاولت محكمة النقض فى حكمها الصادر فى أول إبريل سنة ١٩٤٣[1] استظهار كل ما سبق ، فأوردت فى عبارات قاطعة أن ميراث غير المسلم ووصيته يرجع فى شأنهما إلى الشريعة الاسلامية ما لم تتوافر شروط التحكيم إلى الشريعة الملية على النحو الذى بيناه . وقد وضعت محكمة النقض بذلك قواعد رسمت بها طريقاً واضحاً فى هذا الشأن حيث تقول :

« إن ما جاء بالمواد ٥٤ و ٥٥ و ١٣٠ من القانون المدنى الأهلى لم يكن الغرض منه وضع قواعد للتنازع الداخلى بين القوانين المتعلقة بالاحوال الشخصية، بل المقصود من هذه المواد هو تعيين القانون الواجب تطبيقه بالنسبة إلى الاجانب فيما عساه يطرح أمام القضاء الأهلى من نزاع متعلق بالمسائل المعينة المنصوص عليها فيها» . ثم قررت المحكمة كذلك « أن المواريث عموماً ، ومنها الوصية . هى وحدة واحدة وتسرى الاحكام المتعلقة بها على جميع المصريين ، مسلمين كانوا أو غير مسلمين ، وفق قواعد الشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة القائمة » .

كما قررت أيضاً فى الحكم نفسه أن « الاحتكام إلى المجلس الملى فى مسائل

---

(١) مجموعة عمر ، جزء ٤ رقم ٣٧ ص ٧٤ وما بعدها . وانظر أيضا حكم النقض الصادر فى ٢١ يونيو ١٩٣٤ ، نفس المجموعة ، جزء أول رقم ٣٠٠ ص ٤٥٤ وما بعدها . وانظر أيضا التعليقات على الأحكام للأستاذ الدكتور حسن بغدادى ، السابق الإشارة إليها بمجلة الحقوق س ١ ، ص ٦١٣ — ٦٧٤ .

المواريث لا يكون إلا استثناء فى حالة الميراث الخالى عن الوصية [1] .

فاذا لم يتفق ذوو الشأن ـ وهم الورثة على حسب الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر الأحكام العامة فى ذلك ـ على الاحتكام اليه ، كان لا مناص من التقاضى أمام جهة الأحوال الشخصية ذات الولاية العامة وهى المحكمة الشرعية . وكذلك الحال فى الميراث الايصائى ، إذ النوعان مرتبطان كل الارتباط أحدهما بالآخر ، ولا يمكن أن يتناول اختصاص المجلس الملى مسائل الوصايا إطلاقا ، فيكون الشخص الواحد فى مسائل المواريث تابعاً لتشريعين مختلفين : يوصى إذا ما أراد الايصاء لأى غرض من الأغراض وفقاً لأحكام قانون ، ثم يرثه ورثته على مقتضى قانون آخر ، وقد لا يجدون تركة يرثونها إذا أعمل القانونان . وبهذا يكون فى وسع المورث فى حال حياته العبث بما أوجبت شريعة التوريث العامة أن يحفظ للورثة ، فيكون اختلافهم على الميراث غير منتج . ذلك مع أن القاعدة الاساسية العامة ، وفقاً للأحكام الشرعية التى لم يرد فى القانون الوضعى ما يخالفها ، تقضى باحترام حقوق الورثة فيما يجب أن يبقى محفوظاً لهم احتراما تاما ، ولا سبيل لتحقيق ذلك إلا إذا استطاعوا الحيلولة دون الماس بها . وإذن فلا يمكن أن يفسر القول باختصاص المجلس الملى بالفصل بالميراث الخالى عن الوصية عند الاتفاق واتحاد الملة بأن هذا المجلس يختص بالوصايا إطلاقا لمجرد اعتبارها من مواد الاحوال الشخصية . ومع ذلك

---

(١) وعبارة (الميراث الخالى عن الوصية) ـ كما جاء فى حكم محكمة النقض (٢١ يونيه ١٩٣٤) ـ خطأ شائع فى ترجمة successions ab intesta وقد وردت هذه العبارة فى قوانين بعض الطوائف (انظر المادة ٢١ من القانون الصادر ١٩٠٢ الخاص بالانجيليين الوطنيين والمادة ١٦ من القانون الخاص بالأرمن الكاثوليك) ، وصحتها « المواريث الغير الآتية من طريق الوصية » أو بالإيجاز « المواريث الشرعية » ويقابلها successions testementaires أى المواريث الاتية بطريق الوصية ، أو بالإيجاز (الوصية) .

فان المقصود بالاحوال الشخصية التى من اختصاص المجلس المذكور ، لا يمكن أن يكون إلا المواد المذهبية أو الروحية التى لا تتصادم مع القواعد الاساسية العامة فى التشريع والتقاليد المتبعة فى ذلك إزاء الطوائف الملية جميعاً ، والتى لم يرد الشارع الخروج عنها بأى حال » .

ومن كل ذلك نرى أن محكمة النقض قد سوت بين الميراث والوصية لما بين النظامين من وثيق الصلات ، وأن اختصاص الشرائع الملية بالنسبة لهما لاينعقد إلا إذا احتكم الورثة طبقاً للشريعة الاسلامية اليها ، وتوافرت الشروط اللازمة لتطبيق تلك الشرائع .

٢٢ ـ توحيد الحكم بالنسبة للميراث والوصية ـ بقاء فكرة الاحتكام الى الشرائع الدينية : وأيا ما كان الامر ، فقد قال المشرع كلمته فى هذا الصدد حينما أصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ وقرر فيه أن الشريعة الاسلامية هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا ، وأنه اذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته فى حكم الشريعة الاسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى .

وفى سنة ١٩٤٦ خطا المشرع خطوة أخرى ترمى الى توحيد القواعد التى تحكم الوصية بالنسبة لجميع المصريين ، وذلك بتقنين أحكامها بالقانون رقم ٧١ من تلك السنة .

وفى سنة ١٩٤٨ صدر القانون المدنى لكى يعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ونص فى المادة ٩١٥ منه على أن « تسرى على الوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها » . وجاء فى المذكرة الايضاحية بشأن هذه المادة ما يلى : « تسرى الشريعة الاسلامية وما استمد منها من تقنينات وتشريعات على الوصية من ناحية الموضوع ، وذلك كالأحكام المتعلقة بالقدر الذى يجوز الايصاء به ، وهل تجوز الوصية لوارث ، وهل تتم الوصية

بالايجاب وحده ، وهل يجوز الرجوع فى الوصية ، وكيف ينتقل المال الموصى به إلى الموصى له ، وما الى ذلك من الاحكام الموضوعية ، ويستوى فى ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين ... [1]

وازاء نص المادة ٩١٥ وما جاء بشأنه فى المذكرة الايضاحية رأى البعض كما أشرنا الى ذلك من قبل عند الكلام عن الميراث [2] — أن نص المادة ٩١٥ من القانون المدنى قد نسخ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، وأنه بعد صدور القانون المدنى لم يعد هناك مجال للاحتكام الى الشرائع الملية لغير المسلمين ، بل ان الشريعة الاسلامية وما استمد منها من تقنينات وتشريعات هى التى تسرى فى شأن الوصية بالنسبة لجميع المصريين ، مسلمين وغير مسلمين.

واذا كان هذا الرأى قد انتقد بالنسبة للميراث ، فإن ما قيل فيما يتعلق بالميراث يمكن القول به هنا أيضاً ، إذ أن القواعد العامة فى الالغاء توجب الابقاء على حكم القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ الى جانب نص المادة ٩١٥ من القانون المدنى . فالحكم الوارد فى النص الاخير حكم عام ، والحكم الوارد بالقانون رقم ٢٥ حكم خاص ، ومن المسلم به طبقاً للقواعد العامة فى الالغاء أن العام لايلغى الخاص . ولذلك تظل أحكام القانون رقم ٢٥ قائمة ، ويكون للورثة بحسب الشريعة الاسلامية من غير المسلمين أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى ، إذا توافرت شروط الاحتكام الى تلك الشريعة .

ثالثاً : الأهلية وما يتصل بها من أنظمة خاصة بحماية عديمى الأهلية وناقصيها — الولاية ، والوصاية ، والقيامة ، والحجر ، والاذن بالادارة ، والغيبة ، واعتبار المفقود ميتاً :

٢٣ — الوضع السابق على سنة ١٩٢٥ : نصت المادة ١٣ من قانون نظام

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جزء ٦ ص ٢٩٣ — ٢٩٤ .

(٢) انظر ماسبق ، فقرة ١٨ ص ٦٤ — ٦٦ والمراجع المشار إليها فى هامش ص ٥٢ .

القضاء ، على الاهلية باعتبارها من الاحوال الشخصية ؛فقد ذكرت ضمن المسائل التى تشملها الاحوال الشخصية، المنازعات والمسائل المتعلقة « بحالة الاشخاص وأهليتهم » . كما نصت كذلك على الولاية والوصاية والقيامة . . . باعتبارها من مسائل الاحوال الشخصية .

ولكن اذا كان هذا هو وضع الاهلية وما يتصل بها من مسائل فى النظام القانونى المصرى بصفة عامة ، فان اعتبارها من الاحوال الشخصية لا يعنى أنه يطبق فى شأنها القانون الشخصى للأفراد ، أى القانون الذى يحكم أحوالهم الشخصيه وهو القانون الدينى . ذلك أنه مما لاشك فيه أن مسائل الاهلية لاتتصل بالدين وأن القواعد الخاصة بها ينبغى أن يخاطب فى شأنها المسلمون وغير المسلمين على حد سواء ، وخاصة أن الاهلية وما يرتبط بها تتصل اتصالا وثيقاً بالمعاملات المالية ، مما يقتضى إخضاعها لقواعد موحدة بالنسبة للجميع وذلك بقصد الاستقرار فى المعاملات نظراً لما قد يؤدى إليه تطبيق الشرائع الدينية فى شأنها من تناقض .

وإذا كان إخضاع الجميع لقواعد واحدةبالنسبة للأهلية وما يتصل بها أمراً لا جدال فيه ، فهل صادف هذا المبدأ تغييراً ما على اثر التوسع فى الامتيازات التى اعترف بها للطوائف غير الاسلامية؟ إذا كان من الممكن التردد فى الإجابة على هذا التساؤل من قبل ، فان الأمر الذى لا جدال فيه الآن هو أن القواعد الخاصة بالأهلية وما يتصل بها قد أصبحت قواعد واحدة بالنسبة للجميع مهما اختلفت دياناتهم وعقائدهم .

والواقع أن الأهلية لم تظهر أبداً بين المواد التى أدخلت فى اختصاص الطوائف الملية بموجب براءات أو فرمانات صادرة من الباب العالى إلى رؤساء الطوائف غير الاسلامية . فحتى سنة ١٨٨٣ ظلت الأهلية من الاختصاص الالزامى للمحاكم الشرعية التى كانت محاكم القانون العام . ولكن منذ ذلك

التاريخ بدأ الشك يثور حول الاختصاص التشريعي والقضائي بالنسبة للأهلية[1].

ففي سنة ١٨٨٣ صدر القانون المدني الأهلي كما صدرت كذلك لائحة ترتيب واختصاصات مجلس الأقباط الأرثوذكس . وقد رأى البعض في نصوص هذين التشريعين ما حملهم على الاعتقاد بأن الأهلية قد أخرجت من ولاية تطبيق الشريعة الاسلامية ومن الولاية القضائية للمحاكم الشرعية . وقد استندوا في ذلك إلى نص المادة ١٣٠ من القانون المدني الملغي والمادة ١٦ من لائحة الأقباط الأرثوذكس . ذلك أن المادة ١٣٠ نصت على أن الحكم في الأهلية المقيدة أو المطلقة يكون على مقتضى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها العاقد . كما نصت المادة ١٦ على أن من وظائف المجلس المذكور النظر فيما يحصل بين أبناء الملة من الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية الواضحة أنواعها بكتاب الأحوال الشخصية الذى صار نشره مع قوانين المحاكم المختلطة . وقد فهم من نص المادة ١٣٠ أنه يرجع في الأهلية إلى قانون الملة . وفهم من نص المادة ١٦ وإحالته إلى كتاب الأحوال الشخصية ... أى كتاب المرحوم قدرى باشا ، أنه يجعل الأهلية تدخل في اختصاص المجلس المذكور .

ولكن التمعن في حقيقة ما هدف إليه هذان النصان يمحى ما أثاراه من شكوك حول هذا الموضوع .

فبالنسبة لنص المادة ١٣٠ من القانون المدني الملغي ، ينبغي أن نعرف أن ما جاء بها لم يكن خاصاً بالمنازعات بين أحكام الملل أو الديانات المختلفة المتعلقة بالمصريين من مسلمين وغير مسلمين ، ولكنه كان خاصاً بالمنازعات بين القوانين التى تستند إلى سيادات مختلفة ، أى بمنازعات القانون الدولى الخاص ، وأما عبارة

---

(١) انظر في هذا رسالة الدكتور حسن بغدادى ، (النسخة الفرنسية) ص ١٤٩ وص ٢٤٤ ــ ٢٤٥ .

« الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها العاقد » . فانما كانت ترجمة خاطئة لعبارة (Statut Personnel) الواردة فى النص الفرنسى ، والمقصود بذلك القانون الشخصى أو قانون الجنسية . وعلى ذلك فان الهدف الذى رمت إليه المادة ١٣٠ إنما كان تعيين القانون الواجب تطبيقه بالنسبة إلى الأجانب فى مسائل الأهلية ، إذا ما اقتضى الأمر الرجوع إليها فى نزاع مطروح على القضاء الأهلى ، ولم يكن لهذا النص شأن بالتنازع للقوانين الملية[1] . فالرأى الذى ساد إذن فى هذا الصدد هو أن الاحالة إلى قانون الملة فى المادة ١٣٠ كان خطأ فى الترجمة ، وأن الذى قصد حقيقة بهذا النص هو الاحالة إلى القوانين الأجنبية . ومعنى ذلك أن المسائل المتعلقة بالأهلية لم تكن تخضع للقوانين الدينية فى مصر ، بل إن الأحكام المتعلقة بها كانت تطبق على جميع المصريين من أى دين كانوا ، ولم تجىء أحكام قانون المجالس الحسبية الصادرة فى ١٣ من أكتوبر سنة ١٩٢٥ إلا مقررة للأمر الواقع ، وفى هذا ما يدل على أن المرجع فى ذلك هو التشريع المصرى الخاص بالأحوال الشخصية وليس ما جاء فى المادة ١٣٠ من القانون المدنى[2] . هذا عن المادة ١٣٠ من القانون المدنى الملغى .

أما بالنسبة للمادة ١٦ من لائحة مجلس الأقباط الارثوذكس وإحالتها إلى

---

(١) انظر حكم محكمة النقض فى أول أبريل ١٩٤٣ ، مجموعة عمر ، جزء رابع ، ص ٨٩ — ٩١ ؛ حسن بغدادى : مجلة الحقوق ، السنة الأولى ، ٦٢٩ — ٦٣٦ ؛ ورسالته المشار إليها سابقا (بالفرنسية) . ص ٣٤٦ ؛ عبد المنعم رياض : أصول القانون الدولى الخاص ، المرجع السابق ، فقرة ٤٧٥ .

(٢) حكم النقض المشار إليه فى الهامش السابق ، ص ٩١ — ٩٢ ؛ وانظر أيضا رسالة الدكتور بغدادى ، السابق الإشارة إليها ، ص ٣٤٧ . وقد عدل نص المادة ١٣٠ — كما عدل نص المادتين ٥٤ و ٥٥ من القانون المدنى الأهلى — بالقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ وحل محل قانون الملة « قانون بلد العاقد » .

ما جاء بكتاب الاحوال الشخصية المشار إليه ، وهو كتاب الموحوم قدرى باشا « فى الأحكام الشرعية الاسلامية فى الأحوال الشخصية » ، فان من يتتبع ماجاء بالكتاب المذكور يستطيع أن يتبين أنه لم يضع فى نطاق الأحوال الشخصية بالنسبة لموضوع الاهلية إلا الوصاية والقوامة (tutelle et curatelle)[1].

وهذا ما يمكن أن يقال بالنسبة لطائفة الانجيليين وهى التى نظمت بتشريع صادر سنة ١٩٠٢ وطائفة الارمن الكاثوليك والتى نظمت أيضاً بتشريع سنة ١٩٠٥ . فلم يكن لمجالس تلك الطوائف الثلاث التى نظمت بتشريعات مصرية إلا اختصاص قضائى بالنسبة للوصاية والقوامة وفيما عدا هاتين المسألتين فان موضوع الاهلية يبقى جميعه خاضعاً للشريعة الاسلامية التى كانت تحكمه قبل سنة ١٨٨٣ بالنسبة لجميع المصريين[2] . أما باقى الطوائف الاخرى فقد كانت تخضع لقواعد عامة تسرى على جميع المصريين[3]

---

(١) حسن بغدادى : الرسالة السابقة (بالفرنسية) ص ٣٤٦ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٣٤٦ — ٣٤٧

(٣) وهذا ما استقر عليه القضاء الأهلى (انظر المرجع السابق : ص ٣٤٨ والأحكام المشار إليها فى هامش رقم ١٠٠) وقد قضى أن : الأصل أن تختص المجالس الحسبية بنظر مسائل الحجر بالنسبة إلى عموم المصريين مالم يوجد قانون يمنع ذلك . فالطوائف الغير الإسلامية التى تخول لها الحق بموجب أوامر عالية إنما هى طائفة الأرمن الكاثوليك والأقباط الأرثوذكس والأقباط البروتستانت . فليس إذن من ضمنها الطائفة الموسوية . فالاسرائيليون الوطنيون المقيمون فى مصر خاضعون إذن للمجالس الحسبية . فالقرار الصادر بتوقيع الحجر على أحد ممن المجلس الحسبى التابع له هو قرار صحيح واجب النفاذ (استئناف حسبى فى ٤ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة س ٥ رقم ٢٨٣ ص ٣١٦ .

كما قضى أيضا أن جميع أفراد الطائفة المارونية بمصر الغير التابعين لدول أجنبية خاضعين لأحكام المجالس الحسبية . فتنصيب الأوصياء والقوام والوكلاء على الصغار منهم والغائبين وعديمى الأهلية يكون من اختصاص المجالس الحسبية دون البطريكخانات ، لأن الحكومة المصرية =

وخلاصة القول فى هذا الصدد أن جميع أفراد الطوائف التى لم تنظم بتشريعات مصرية كانت تخضع لقواعد واحدة وهى الشريعة الاسلامية بالنسبة لمسائل الاهلية وما يتصل بها . أما الطوائف الثلاث التى نظمت بتشريعات فان أفرادها كانوا يخضعون أيضاً للشريعة الاسلامية كباقى الطوائف الاخرى الغير الاسلامية، اللهم إلا بالنسبة الوصاية والقوامة فقد كانت مجالسهم الملية تختص بالنظر فيها . إلا أن هذا لا يعنى أنها كانت تطبق شرائعها الدينية ، ذلك لأن المسائل المتعلقة بالوصاية والقوامة ليس لها أى طابع دينى يبرر تطبيق شرائعها الدينية ، كما أن الكنيسة لم تضع بشأنها أحكاماً خاصة . هذا هو الوضع بالنسبة للأهلية وما يتصل بها من مسائل خاصة بحماية عديمى الاهلية وناقصيها قبل صدور القواعد المنظمة للمجالس الحسبية فى سنة ١٩٢٥[١] .

٢٤ — لتوحيد قواعد الاهلية وما يتصل بها عن طريق التشريع :

وفى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ صدر قانون المجالس الحسبية ، فقضى على كل خلاف فى هذا الشأن ووضع قواعد موحدة لجميع المصريين فيما يتعلق بالأهلية وما يتصل بها من أنظمة تهدف إلى حماية عديمى الأهلية وناقصيها . وقد أخرج هذا القانون مواد الوصاية والقوامة من اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس الملية وجعلها من اختصاص المجالس الحسبية ، فتوحد بذلك القضاء الخاص بحماية عديمى الأهلية . كما توحد كذلك القانون الواجب التطبيق بالنسبة للأهلية . وبهذا التوحيد الذى مد اختصاص المجالس الحسبية إلى جميع المصريين مسلمين وغير

= لم تمنح طائفتهم امتيازا خاصا بانشاء مجلس ملى لهم مثل بعض الطوائف (استئناف حسبى المحاماة س ٣ رقم ٨٤ ص ٢١٣ . وانظر أيضا : حكما من المجلس الحسبى العالى فى ٣ يناير ١٩٢٦ المحاماة س ٦ رقم ٢٤٧ ص ٣٢٥ وكذلك فى ٦ يونيه ١٩٢٦ المحاماة س ٦ رقم ٥٣١ ص ٨٥٣) .

(١) انظر فى هذا : حسن بغدادى ، رسالته ص ٣٤٧ ـ ٣٤٨

مسلمين ، فيما يتعلق بالأهلية والأنظمة المتصلة بها ، قد تحقق نهائيًا توحيد القواعد الواجبة التطبيق فى هذا الشأن ، ويبرر ذلك أن هذه المسائل هى من المسائل المدنية ، كما يبرره أيضًا فكرة استقرار المعاملات ، فمن الخطورة بالنسبة للمعاملات ألا تخضع أهلية الفرد للشريعة العامة فى الوسط الذى يعيش فيه[1] وقد استمدت تلك القواعد فى مصر من الشريعة الإسلامية .

وقد قضت محكمة النقض بأنه : « وإذا كان مما لا شك فيه أن الأحكام المتعلقة بأموال عديمى الأهلية مستمدة من قواعد الشريعة الإسلامية . فانه يكون من المتعين الرجوع إلى تلك القواعد دون غيرها باعتبارها الأحكام العامة فى هذا الصدد ، للوقوف على ما يكمل أحكام قانون المجالس الحسبية . وإذن فمن الخطأ أن يقرر الحكم أن من اختصاص المجالس الملى الفصل فى مدى سلطة الأب على مال ابنه القاصر ، وأن يقف الفصل فى الدعوى المعروضة عليه حتى يصدر المجلس المذكور حكمه فى ذلك ، إذ مسئولية الولى عن مال ابنه القاصر من اختصاص المحاكم الأهلية تفصل فيها على وفق أحكام الشريعة الاسلامية[2] » .

وفى سنة ١٩٤٧ استبدل بالقانون السابق الصادر سنة ١٩٢٥ القانون رقم ٩٩ الخاص بالمحاكم الحسبية . وقد جعل هذا القانون الاختصاص فى مواد الوصاية والقوامة والحجر للمحاكم المدنية ، كما تضمن الأحكام الموضوعية التى تحكم الأهلية.

وفى سنة ١٩٥٢ صدر المرسوم بقانون رقم ١١٨ ، وقد وضع حالات تسلب فيها الولاية على النفس . وهى حالات عامة تسرى بالنسبة للجميع من

---

(١) انظر ما جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون المجالس الحسبية فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، وكذلك : حسن بغدادى : رسالته السابقة ، ص ٣٤٩ .

(٢) نقض مدنى فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ طعن رقم ٣٠ س ١٢ ق (مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما حتى سنة ١٩٥٥ ، جزء أول ص ١٤٠ رقم ٢٤ .

مسلمين وغير مسلمين . ولكنها لا تعتبر موحدة بالنسبة للجميع إلا فى حدود ما وردت بخصوصه . وفيما عدا ذلك تطبق القواعد الخاصة بغير المسلمين (أنظر فيما يلى بند ١٩٧ من هذا الكتاب) .

ثم انتهى الأمر أخيراً إلى صدور القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال ، وحل محل القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ فيما عدا القواعد الخاصة بالإجراءات والتى أدمجت فى قانون المرافعات . وقد قسم القانون رقم ١١٩ إلى أبواب ثلاثة خصص الباب الأول للقصر ، وتكلم فيه المشرع عن الولاية والوصاية . وخصص الباب الثانى للكلام عن الحجر والمساعدة القضائية والغيبة . وتضمن الباب الأخير أحكاما عامة .

هذا وقد سبق أن رأينا أن المجموعة المدنية تنظم الأهلية كذلك بنصوص خاصة فى المواد ٤٤ وما يليها . كما تكلمت عن الأهلية أيضاً باعتبارها شرطاً لصحة الرضا فى العقود ، فى المواد ١٠٩ وما يليها . وكل هذه القواعد وتلك ، عامة بالنسبة لجميع المصريين .

٢٥ — **أهلية الرهبان** : وبمناسبة الكلام عن الأهلية تثور مسألة خاصة بأهلية الرهبان لدى بعض الطوائف المسيحية [1] . وقد عرض الأمر على محكمة النقض المصرية فقضت بأن « الرهبنة نظام جار عند بعض الطوائف المسيحية فى

---

(١) والرهبنة هى فلسفة الشريعة المسيحية . والرهبان يتجردون عن الدنيا ومادياتها ليقضوا حياتهم فى دير أو صومعة طلبا للتعبد ، أو للقيام بعمل إنسانى متشبهين بالرسل فى التجرد من « قذايا العالم ودحض شهواته ... » . وقد ورد فى « كتاب القوانين » (الذى جمعه الشيخ الصفى العالم ابن العسال من كتب القوانين ، وألفه فى سنة ٩٥٥ للشهداء الأطهار ، والمعروف بالمجموع الصفوى ، طبعة ١٩٢٧) باب (الباب العاشر ص ٨٨ وما بعدها) فى « الرهبان والرهبانيات .. » تكلم فيه عن وصفهم وشروط التأهل وفيما ينبغى أن يعمله من تأهل للرهبانية فى ماله . . .

مصر . وقد اعترفت به الحكومة المصرية ، إذ اختصت الرهبان على اختلاف درجاتهم ببعض المزايا ، فأعفتهم من الخدمة العسكرية[١] . ومن الرسوم الجمركية، والقانون فى المادة ١٤ من الأمر العالى الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب اختصاصات المجلس الملى لطائفة الأقباط الأرثوذكس قد صرح بأن للرهبنة نظاماً خاصاً يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له . ومن هذه الاحكام أن كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه فى سلك الرهبنة يعتبر ملكا للبيعة التى كرس حياته لخدمتها . فالراهب يدخل الدير فقيراً مجرداً عن كل مال ليثقف ويربى وفقاً لأحكام الدين على حساب الدير ، وهو راض بالنظام الكنسى القاض بأن كل ما يصيب الراهب من رزق لا يملك فيه شيئاً بل يكون ملكا للكنيسة ولما كان هذا الذى جرى العرف الكنسى عليه ليس فيه ما يخالف أحكام القانون أو مبادىء النظام العام ، فان الحكم الذى يعد المطران مالكا لنفسه ، لا للكنيسة ، ما يشتريه وقت شغله منصبه الدينى على أساس أن عقود الشراء صدرت له شخصياً لا بصفته نائباً عن الكنيسة يكون مخطئاً فى ذلك لعدم تطبيقه القواعد الكنسية المحددة لعلاقة الرهبان بالكنيسة فى ملكية الأموال باعتبارها قانون العقد الواجب الأخذ به »[٢] .

وإذا كان الحكم لم يتعرض لما كان يملكه الراهب قبل دخول الدير

---

(١) انظر الأمر العالى فى مارس سنة ١٨٨٦ وكذلك فى ٢ ديسمبر سنة ١٨٩ بشأن معاملة طلبة العلم الدينى من طائفة الأقباط من الخدمة العسكرية (فيليب جلاد ، المرجع السابق، ص ٢٧٥ — ٢٧٨ . وانظر أيضا ص ٤٠٨ — ٤١٠ بالنسبة للأقباط الكاثوليك ، وكذلك ص ٤٥٣ — ٤٥٥ بالنسبة للأقباط البروتستانت ، وأخيرا ص ٤٧٤ بالنسبة لأبناء الطائفة الإسرائيلية) .

(٢) نقض مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ طعن رقم ٥٧ سنة ١١ ق . مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عامة ، جزء أول ، ص ٣٢٤ رقم ٥٦ ، وكذلك مجموعة عمر جزء ٣ رقم ١٥٥ ص ٤٢١ .

بصورة صريحة فإنه يبدو منه أن الراهب يتجرد عن أملاكه وأنه « يدخل الدير فقيراً مجرداً عن كل مال » . أما بعد دخول الدير فإن كل ما يصيب الراهب من رزق يعتبر ملكا للكنيسة ، بل إن كل ما يشتريه وهو راهب لا يستطيع أن يتملكه لنفسه حتى ولو احتج بأن عقود الشراء صدرت له شخصياً لا بصفته نائباً عن الكنيسة . هذا هو ما يفهم من حكم النقض . ومؤداه أن الراهب إذا كان يتجرد عند دخوله الدير عن كل مال ، فانه لا يتملك طالما بقى فى منصبه .

ولكن يبدو أن ما قالت به محكمة النقض لا يتفق مع ما قال به فقهاء الشريعة المسيحية ، وهم يفرقون فى هذا الصدد بين صورتين :

فى الصورة الأولى ، نجد الأموال التى كان يتملكها الراهب قبل دخوله فى الرهبنة وكذلك ما تملكه الراهب حتى بعد دخوله فى الرهبنة عن طريق الميراث . فهذه الاموال تبقى ملكا خالصاً له يورث عنه وله أن يهبه ويوصى به، « فيصنع فيه وبه ما أحب ويورثه لمن أراد » . وهذا أمر معقول لأن شخصية الراهب لا تنعدم بدخوله فى سلك الرهبنة ، لمخالفة ذلك للنظام العام . ومن جهة أخرى فان تجرده من أمواله طبقاً لنظام الكنيسة بعد دخوله الدير يعد أمراً استثنائياً فيجب قصره فى أضيق نطاق .

وفى الصورة الثانية ، نجد الاموال التى تئول إلى الراهب بعد دخوله فى الرهبنة عن غير طريق الميراث ، فهذا يكون ملكا للكنيسة ، لا لأن شخصيته انعدمت ، بل لأنه يعتبر نائباً عن الكنيسة ، وذلك طبقاً لقوانين الكنيسة التى تطبق هنا لعدم مخالفتها للنظام العام [١] .

---

(١) وهذا هو ما يفهم مما أورده ابن العسال حيث يقول (ص ٣١٤ ـ ٣١٥) تحت عنوان: (فى ميراث الأساقفة والرهبان) : ليكن معروفا مال الأسقف إن كان له شيء ، وليكن معروفا ما للبيعة ، لكيما يكون له سلطان على ما كان له ليصنع فيه وبه ما أحب ويورثه لمن أراد . =

ويبدو أن هذه التفرقة التى قال بها فقهاء الشريعة المسيحية تقرب مما جاء فى مجموعة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس التى أقرها المجمع المقدس والمجلس الملى العام سنه ١٩٥٥ . فى المادتين ١٧٨ و ١٧٩ ، تحت عنوان « فى تركات الأساقفة والرهبان » .

فنصت المادة ١٧٨ على أن « كل ما يقتنيه البطريرك من إيراد رتبته يؤول بعد وفاته إلى الدار البطريركية ، وما يقتنيه المطارنة والاساقفة من طريق رتبتهم يؤول إلى الكنيسة ولا يعتبر ملكا لهم . فلا يحق لهم أن يوصوا بشىء ، كما لا يجوز أن يرثهم فيه أحد من أقاربهم . أما ما كان لهم قبل ارتقائهم إلى رتبة الرئاسة أو حصلوا عليه لا من ايراد الرتبة ، بل من طريق آخر ، كميراث أو وصية فهو ملك لهم يتصرفون فيه كيفما يشاءون بالوصية وغيرها ، وينتقل بعد الوفاة إلى الورثة الطبيعيين » .

ويبين من النص أن ما يصبح ملكا للكنيسة هو ما يئول إلى رجل الدين عن طريق إيراد الرتبة فقط ، كما أنه ليس له أن يوصى به ولا يورث عنه .

= ولا يذهب بشيئه بعلة ما للكنيسة ، لأنه ربما كان للأسقف قرابة وولد . وهذا هو العدل بين يدى الله أن لا يذهب من مال الكنيسة شىء ، ولا يظلم الأسقف حقه ، ولا يكابر أهل بيته وقرائبه على ما كان له بعلة مال الكنيسة ، فيكون ذلك مما يلزمه الشناعة والعيب بعد موته وسوء الذكر . . فجميع ما كان للأسقف قبل الأسقفية فله أن يهبه ويتصرف فيه كيف شاء ويوصى به . فأما ما اقتناه بعد الأسقفية فهو للبيعة ليس له أن يوصى فى شىء منه إلا ما صار إليه من ميراث من والدين أو أخوة أو أعمام .

والذى يترهب وله أولاد فيمكنه بعد الترهب أن يقسم ماله على أولاده من بعد أن يعزل لنفسه سهما واحدا يصير للدير . وأما إن توفى من غير وصية فان أولاده يأخذون حينئذ ما يخصهم من غير وصية ، والباقى يدفع للدير ... وإن لم يكن له أولاد ، فان لم يدخل بماله إلى الدير فهو مالك أمره ، وإن دخل بماله للدير أو قال أن يدخل به إلى الدير ، فالمال يصير للدير إلا ما أوصى به قبل دخوله إلى الدير » .

ويلاحظ أن النص لم يفرق بالنسبة لما يحصلون عليه عن طريق غير رتبتهم كالميراث والوصية ، لم يفرق بين ما يأتيهم عن هذا الطريق من أقاربهم أو من غير أقاربهم . ويخيل إلينا أنه كان ينبغي أن يفرق بين ما يئول إلى رجل الدين عن طريق الميراث أو الوصية من الاقارب الذين أشار اليهم ابن العسال [1] ، وهذا يعتبر ملكا له ، وبين ما يئول اليه عن هذين الطريقين أيضا لكن من غير أقاربه الذين أشار اليهم ابن العسال ، ففي هذه الحالة الأخيرة يئول ما يأتي اليه للكنيسة باعتباره نائباً عنها ، على أن يدخل في الاعتبار أنه في حالة الوصية تقوم قرينة على أن المقصود بها وجه الله فتكون للكنيسة لا لرجل الدين . هذا عن المادة ١٧٨ .

أما المادة ١٧٩ فقد نصت على أن « الاموال التي يقتنيها الراهب أو رئيس الدين من طريق الرهبنة تؤول بعد وفاته الى جماعة الرهبان الذين ينتسب الى ديرهم ، ولا يرثه أحد من أقاربه في هذه الأموال ، ولا يحق له أن يتصرف فيها بوصية أو بغيرها .

أما الأموال التي يكون حصل عليها من غير طريق الرهبنة ، فهي تركة تؤول بعد وفاته إلى ورثته ، فإن كان له وارث طبيعي ورثه ، راهباً كان أو غير رهب ، وإلا يرثه جماعة الرهبان الذين ينتسب إلى ديرهم » .

رابعاً : الهبة :

٢٦ ـ حكم الهبة بالنسبة للمصريين و بالنسبة للاجانب :

تخضع الهبة في القانون المصري لنظامين مختلفين من حيث تكييفها باعتبارها من الأحوال الشخصية أم من الأحوال العينية ، وذلك بحسب ما إذا تعلق الأمر بأجانب أو بمصريين .

---

(١) انظر الهامش السابق .

أما بالنسبة للمصريين ، فلم يعد هناك شك الآن ، بعد صدور القانون المدنى الحالى ، فى أن الهبة تعتبر من الأحوال العينية ، فقد عنى هذا القانون بتنظيمها من حيث أحكامها ومن حيث شروطها الموضوعية والشكلية وأفرد لها الفصل الثالث ضمن الباب الأول من الكتاب الثانى الخاص بالعقود المسماة باعتبارها من عقود التى تقع على الملكية ، وذلك فى المواد ٤٨٦ ومابعدها . وبذلك نظر المشرع إلى الهبة على أنها عقد مالى كسائر العقود . وقد أوردت المذكرة الايضاحية فى هذا الصدد أن «أهم تجديد استحدثه المشروع فى عقد الهبة أنه أورد أحكامها كاملة فى الشكل وفى الموضوع .. وقد نظر المشروع فى ذلك إلى أن الهبة عقد مالى كسائر العقود ، فينبغى أن يستوفى التقنين المدنى أحكامها جميعا وأن يضعها فى مكانها بين العقود الأخرى .. » . كما أوردت المذكرة فى نظرتها العامة إلى الهبة ما يأتى: « ويمكن القول بوجه عام إن المشرع أكسب عقد الهبة صلابة وقوة فى الالزام على النحو الذى ينبغى أن يكون لعقد هو - وإن كان تبرعا - ملزم للعاقدين كسائر العقود »[1].

وبذلك قضى المشرع على كل ما كان يمكن أن يثار حول تكييف الهبة باعتبارها من الأحوال الشخصية أو من الأحوال العينية فى ظل القانون المدنى الملغى[2].

---

(١) المذكرة الإيضاحية ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، جزء رابع ، ص ٢٤١ — ٢٤٢ .

(٢) وفى ظل القانون المدنى السابق ، لم يتعرض لها المشرع إلا من حيث الشكل . فقد نصت المادة ٤٨ من ذلك القانون على أنه إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفا بصفة عقد آخر ، فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانا حاصلين بعقد رسمى (acte authentique) . وإلا كانت الهبة لاغية ، فلم يكن النص يتعرض للهبة من حيث موضوعها ولا لكيفية تكوينها أو أهلية المتعاقدين فيها أو غير ذلك من أحكامها . ولذلك كانت كل هذه المسائل تعتبر من الأحوال الشخصية سواء بالنسبة للمصريين أم بالنسبة للأجانب ، وقد استند فى اعتبار الهبة=

ولكن إذا كان هذا هو تكييف الهبة بالنسبة للمصريين ، فان المشرع لم يحتفظ بهذا التكييف للأجانب . فقد جاء فى المادة ١٤ من قانون نظام القضاء[1] ونص على أن « تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين ، إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك » .

هذا بالنسبة للهبة . فالأصل فى القانون المصرى إذن أن الهبة تعتبر من الأحوال العينية ، وتسرى أحكامها الواردة فى القانون المدنى على جميع المصريين، مسلمين وغير مسلمين . إلا أن المشرع لم يشأ أن يطبق هذا الأصل بالنسبة

= من الأحوال الشخصية إلى ما جاء فى المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية التى كانت تخرج الهبة من اختصاص تلك المحاكم باعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية ، وجاءت بعد ذلك المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة فنصت على أن « المسائل المتعلقة بالهبات » تعتبر من الأحوال الشخصية . وبذلك تأكد اعتبار الهبة من الأحوال الشخصية ، كما ذكرت المادة ٢٩ من اللائحة المذكورة أنه يرجع فى الهبات إلى قانون الواهب وقت الهبة ، وهذا ما جاء أيضا فى المادة ٣ من المرسوم رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ .

وقد كان اعتبار الهبة من الأحوال الشخصية يعد حكما غريبا فى الواقع ، لأن الهبة أقرب إلى العلاقات المالية ، وهى تعد ضمن العقود ، فهى ليست بطبيعتها من الأحوال الشخصية (حامد زكى ، المرجع السابق ، فقرة ١٧٠ ص٦٦ ؛ عز الدين عبد الله : المرجع السابق ، فقرة ١١٨ ص ٢٦٩) . ولعل هذا ما حدا بمحكمة النقض — حينما تعرضت لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية — كما بينا من قبل — إلى القول بأنه أما عن الأمور المتعلقة بالمسائل المالية، « بحسب الأصل من الأحوال العينية . وإذن فالوقف والهبة والوصية . . . هى من الأحوال العينية لتعلقها بالمال . . . غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية ، وكلها من عقود التبرعات ، تقوم على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة ، ألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية » (نقض ٢١ يونيو ١٩٣٤ مجموعة عمر جزء أول رقم ٢٠٠ ص ٤٥٤) فالهبة بحسب طبيعتها تعتبر فى مذهب محكمة النقض من الأحوال العينية .

(١) وهو القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ وقد صدر بعد القانون المدنى ، إذ أن هذا الأخير صادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ . والحكم الوارد فى المادة ١٤ من قانون نظام القضاء سالف الذكر لا زال قائما ، حتى بعد تعديل هذا القانون بقانون السلطة القضائية رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ .

للأجانب ، فأوجب الرجوع إلى قوانينهم لمعرفة ما إذا كانت الهبة من الأحوال الشخصية ، أو ما إذا كانت من الأحوال العينية ، لاختلاف النتائج المترتبة على ذلك فى كلتا الحالتين[1] .

٢٧ ـ خاتمة الفصل الأول : حصر المسائل التى تعتبر من الأحوال الشخصية وأساس اختلاف نطاقها بالنسبة للتنازع الداخلى والتنازع الدولى : ـ

رأينا فى دراستنا خلال هذا الفصل أنه كان لا بد أن نحدد المقصود بالأحوال الشخصية ، لما لهذا التحديد من أهمية فى دراستنا ، إذ أن ما يعتبر من الأحوال الشخصية يدخل فى دراستنا ، وتطبق بشأنه الشرائع الدينية لغير المسلمين . وقد أتيح خلال هذه الدراسة أن نبين مفهوم اصطلاح الأحوال الشخصية بصفة عامة فى النظام القانونى المصرى ، وأن المادة ١٣ من قانون نظام القضاء عددت ما يعتبر من الأحوال الشخصية . ورأينا أنه إذا كان ماجاء بتلك المادة من حالات هو ما ينصرف إليه اصطلاح الأحوال الشخصية فى النظام القانونى المصرى بصفة عامة ، إلا أن المشرع قد بدأ يضيق من نطاق مدلول هذا الاصطلاح فى ميدان التنازع الداخلى للقوانين الدينية فى مصر ، فقام بتوحيد القواعد الواجبة التطبيق فى بعض المسائل ، وهى الميراث والوصية على التفصيل الذى رأيناه ، مع مراعاة إمكان الاحتكام إلى الشرائع الملية لغير المسلمين بالنسبة لتقسيم التركة طبقاً لشريعة المتوفى متى توافرت شروط معينة لذلك . كما قام المشرع كذلك بتوحيد القواعد الخاصة بالأهلية وما يتصل بها من أنظمة خاصة بحماية عديمى الأهلية وناقصيها ، والهبة على التفصيل الذى سبق بيانه . فهذه المسائل كلها أصبحت خاضعة الآن لقواعد تشريعية موحدة بالنسبة لجميع المواطنين على اختلاف مللهم ونحلهم . وهى بذلك تخرج من نطاق الاختصاص التشريعى

(١) أنظر ، عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، فقرة ١١٩ ، ص ٢٧٠ ــ ٢٧٢ .

للديانات لـكى تخضع للتشريعات التى نظمتها ، كما أنها بذلك تخرج من نطاق دراستنا لتدخل فى نطاق دراسات أخرى خاصة بها كالشريعة الاسلامية أوالقانون المدنى ، على حسب الأحوال . ومن بين المسائل التى نظمت بتشريع خاص كذلك وأصبح يسرى على الجميع ، نظام الوقف . والوقف يحكمه الآن القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٤٦ ، المعدل بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالغاء الوقف على غير جهات الخير .

وإذا ما استبعدنا من المقصود بالأحوال الشخصية كل تلك المسائل السابقة، فانه يبقى بعد ذلك ما تسميه المادة ١٣ من قانون نظام القضاء بالمسائل « المتعلقة بنظام الأسرة » كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر والدوطة ، ونظام الأموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والاقرار بالأبوة وإنكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع ، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار ، وتصحيح النسب والتبنى .

ولعل مما يجدر بنا إبرازه فى هذا الصدد هو أن هذا التضييق من نطاق الأحوال الشخصية فى ميدان التنازع الداخلى للقوانين الدينية فى مصر يرجع إلى اختلاف الأساس الذى تقوم عليه فكرة الأحوال الشخصية فى نطاق التنازع الدولى عنه فى نطاق التنازع الداخلى للقوانين الدينية ، وهذه الفكرة فى حاجة إلى إيضاح أكثر .

إن مما لا شك فيه — كما قدمنا — أن اصطلاح « الأحوال الشخصية » طبقاً للنظام القانونى المصرى له معنى واحد ، سواء تعلق الأمر بالمصريين أو بالأجانب . وهذا هو ما يفهم من وضع المادة ١٣ من قانون نظام القضاء الصادر سنة ١٩٤٩ بالنسبة للمادة السابقة عليها ، ومن عدم تغيير صياغة تلك المادة عندما عدلت المادة ١٣ بالقانون ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ وأصبحت تشمل الاختصاص بالأحوال الشخصية ،

بصفة عامة ، بالنسبة للمصريين والأجانب ، كما سبق لنا بيان ذلك . وهذا ما يشعر بأن المشرع أراد أن ينصرف مضمون المادة ١٣ إلى ما يعتبر من الأحوال الشخصية ، سواء فى نطاق التنازع الداخلى أو فى نطاق التنازع الدولى للقوانين .

ولكن لما كانت الاعتبارات التى يتحدد على أساسها نطاق الأحوال الشخصية ليس واحداً فى الحالتين فقد اختلف نطاق كل منهما .

فنطاق الأحوال الشخصية فى محيط التنازع الدولى للقوانين تتحكم فى تحديده قواعد القانون الدولى الخاص ، وقواعد هذا القانون تعين ولاية النظم القانونية المصرية بالنسبة لغيرها من النظم الأجنبية ، وتتكيف تفريعاً على ذلك باعتبارات سياسية أخصها الاستجابة لحاجة البلاد فى نطاق التعامل الدولى ، والاعتداد بمدى ما يتوافر للدولة من مقومات السيادة فى صلتها بغيرها من الدول[1] .

أما فى حالة التنازع الداخلى فان الاعتبارات التى تتحكم فى تحديد نطاق الأحوال الشخصية تختلف عن ذلك . فالأصل أن توضع قواعد قانونية عامة واحدة بالنسبة لجميع المواطنين على اختلاف دياناتهم ومذاهبهم ، حتى يتحقق بذلك للدولة سلطانها الكامل على الافراد ، وحتى تتحقق بذلك المساواة بين الجميع . ولكن مصر وجدت فى وضع خاص شاذ ، نظراً لوجود الطوائف الدينية غير الاسلامية بها . فحرصاً على كفالة حرية العقيدة ، منح للطوائف الدينية امتياز حق الفصل بين تابعيها فى المسائل الشخصية . وإذا كانت الظروف قد أدت إلى أن تتوسع الطوائف فى اختصاصها ببعض المسائل ، إلا أنه كان من اللازم النظر إلى ذلك على أنه استثناء محض يطبق فى أضيق الحدود . ومن هنا بدا حرص المشرع على متابعة هذه السياسة ، وحصر المسائل الشخصية فى أضيق الحدود

---

(١) حسن بغدادى : مجلة الحقوق ، السنة الأولى ، ص ٦٢٤

وقصرها على ما يتصل بالعقيدة ، فحاول بقدر المستطاع أن ينتزع من اختصاص الطوائف كل ما كان بعيداً عن المساس بالعقيدة ووضع قواعد موحدة بشأنه ، وهذا ما كان بالنسبة لمسائل المواريث والوصايا والأهلية وما يتصل بها من أنظمة والهبات ، حتى يرجع إلى الأصل العام وهو وحدة التشريع بالنسبة لجميع المواطنين . وبذلك انحصر نطاق المسائل الشخصية فى حدود الزواج وما يتصل به ، وقد رأينا أن الزواج قد اعتبر من العبادات من حيث الحكم .

فالاعتبار الذى يجعل غير المسلمين معفين من ولاية قانون عام موحد هو اعتبار دينى ، وهو اعتبار يختلف عن الاعتبارات التى تبرر إعفاء الأجانب من الخضوع للقانون الإقليمى فى أحوالهم الشخصية . فمتى تجرد النظام القانونى من كل اعتبار دينى وجب أن يكون عاما بالنسبة للجميع [١] .

ولعل هذا هو ما حرصت محكمة النقض على إبرازه حين قررت أن « المقصود بالأحوال الشخصية التى من اختصاص المجلس المذكور لا يمكن أن يكون إلا المواد المذهبية أو الروحية التى لا تتصادم مع القواعد الأساسية العامة فى التشريع والتقاليد المتبعة فى ذلك إزاء الطوائف الملية جميعاً ، والتى لم يرد الشارع الخروج عنها بأى حال » [٢] .

---

(١) أنظر أيضا : حسن بغدادى ، المرجع السابق ، ص ٦٢٦ — ٦٢٧

(٢) نقض أول ابريل ١٩٤٣ ، مجموعة عمر جزء رابع ، ص ٧٦ .

الفصل الثاني

تحديد المقصود بغير المسلمين من المصريين

٢٨ ـ أهمية تحديد المقصود بغير المسلمين من المصريين ـ الطوائف الدينية التي يعترف بها القانون : رأينا فيما سبق أنه كان من اللازم تحديد المقصود بالأحوال الشخصية لغير المسلمين ، نظراً لأهمية ذلك في حصر نطاق المسائل التي تطبق فيها الشرائع الملية لغير المسلمين . ولكن لا يكفي أن نحدد نطاق ما يعتبر من الأحوال الشخصية ، بل لا بد كذلك من معرفة من هم غير المسلمين الذين يعنيهم المشرع في هذا الصدد ، حتى يتسنى بذلك تطبيق شرائعهم الدينية إذا ما توافرت شروط تطبيقها التي نص عليها القانون .

وتحديد المقصود بغير المسلمين من المصريين يقتضي أن نحصر الطوائف الدينية التي قامت في مصر ، وكيف نشأت هذه الطوائف . وإذا كانت دراسة هذا الموضوع محل عناية فيما مضى عندما كان لغير المسلمين جهات قضاء ملي ، وكان من اللازم معرفة تلك الجهات ومدى ما كان لها من اختصاص في الفصل بين التابعين لها ، إلى غير ذلك مما أصبح في عداد التاريخ بعد إلغاء تلك الجهات بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، فاننا لن نعرض لهذا الموضوع إلا بالقدر الذي تستلزمه دراستنا ، بالوقوف على من هم المصريون غير المسلمين .

على أنه إذا كان من المسلم به أن حرية العقيدة مكفولة للجميع ، إلا أن المشرع لم يرتب أثراً على الديانة إلا إذا كانت الاسلام أو المسيحية أو اليهودية ،

فهذه الديانات وحدها هى التى يرتب المشرع عليها أثراً من حيث الاختصاص التشريعى ، وذلك نظراً لارتباط الاختصاص التشريعى لقواعد الديانات بقواعد الاختصاص القضائى للمحاكم الدينية قبل توحيد جهات القضاء بالنسبة لسائر المصريين (١) .

---

(١) حقا إن حرية العقيدة مكفولة . لكن المشرع عندنا لم يرتب أثرا إلا على المسيحية أو اليهودية بالنسبة لغير المسلمين ، لأنه يشترط أن يكون لغير المسلمين الذين يراد تطبيق شريعتهم قضاء ملى منظم وقت صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، ولم يكن هناك قضاء ملى معترف به سوى القضاء بين تابعى هاتين الديانتين فقط . وعلى هذا إذا ما أثير نزاع بين غير المسلمين ، وكان لا يتعلق بمسيحيين أو يهود تتوافر شروط تطبيق شريعتهم ، طبقت الشريعة العامة ، وهى الشريعة الاسلامية على غير المسلم الذى لم يكن يعترف له بقضاء ملى قبل سنة ١٩٥٥ .

وهذا هو الحكم كذلك بالنسبة لمن لا يدينون بدين سماوى ، لو فرض وجودهم . إذ تطبق بشأنهم الشريعة الاسلامية ذات الولاية العامة ، سواء كانوا من الملحدين الذين لا دين لهم على الاطلاق ، أو كانوا يدينون بدين غير سماوى مثل الدين المجوسى (عبادة النار) ، والهندوكية (عبادة البقر) ... ومن الواضح أن منطق حرية العقيدة قد يؤدى إلى أن يوجد من لا يدينون بدين سماوى ، وبالتالى لا تتوافر فى شأنهم شروط تطبيق شرائع غير المسلمين ، المسيحية واليهودية ، فتطبق الشريعة الاسلامية . ولهذا لا نقر ما اتجهت إليه بعض أحكام المحاكم فى هذا الصدد من عدم اعترافها بحرية العقيدة ، وبالتالى عدم تطبيق النتائج التى تترتب على تخلف شروط تطبيق شريعة غير المسلمين . ففى قضية ذكرت الزوجة فى دعواها أنها اعتنقت العقيدة الفرعونية ، فأصبحت ملحدة (والواقع أنها أصبحت لا تدين بدين سماوى) بعد أن كانت هى وزوجها مسيحيين من مذهب الكاثوليك ، وأنها لذلك تطلب التفريق بينها وبينه ، إعمالا لأحكام الشريعة الاسلامية لاختلاف مذهب الطرفين ، إذ هذه الشريعة لا تسمح باستمرار الزواج بين الكتابى والملحدة . ولكن المحكمة لم تجبها إلى ذلك ، حيث بينت أن حرية العقيدة لا يكون إلا فى حدود الأديان السماوية ، وبالتالى فان انحراف الزوجة إلى غير دين أو عقيدة أو ملة أو ديانة لها أصول وشرائع ، يؤدى إلى القول ببقائها على ملتها الأصلية والتى كانت تتحد فيها مع زوجها ، فتطبق شريعتهما الدينية ، خاصة أن الدول المتمدينة لم تنظم شريعة تطبق على الملحدين . والواقع أن تقييد المحكمة بأن تكون حرية العقيدة فى حدود الأديان السماوية يتعارض مع فكرة حرية العقيدة ، وقد أقرت الشريعة إمكان وجود من لا يدينون بدين سماوى ، مما دعا فقهاءها إلى تنظيم صلاتهم بالمسلمين فى العلاقات الزوجية (أنظر الدكتور محمد يوسف موسى ، السابق ط ١ بند ١٧٥ ص ١٣٤) وفضلا عن هذا فانه إذا ما سلم بأن الزوجة قد اتخذت إجراءات التغيير إلى العقيدة الجديدة ، وصارت مختلفة مع زوجها فى الديانة والملة ، فان الشروط التى يستلزمها القانون لن تتوافر ، وبالتالى تطبق الشريعة =

ويعنينا فى هذا الصدد الشريعة المسيحية والشريعة اليهودية . وقد تفرق أنصار كل من الشريعتين إلى مذاهب وطوائف ، سنعرض لها بايجاز فى كل منهما ، ثم نبين إلى أى مدى قامت تلك المذاهب والطوائف المتعددة فى مصر حتى فجر إلغاء جهات القضاء الملى فيها . وسنبدأ أولا بتحديد الطوائف فى الشريعة المسيحية ، ثم بعد ذلك نعرض لها فى الشريعة اليهودية .

أولا : الطوائف المسيحية :

٢٩ – **انفصال الكنيسة المصرية** : بدأت المسيحية ملة واحدة ، نمت وانتشرت على أثر الاضطهاد اليهودى لها . فقد كانت الديانة اليهودية هى الديانة القائمة حين ظهور المسيحية ، وكان ذلك الاضطهاد من العوامل التى ساعدت على انتشار المسيحية فى أرجاء الامبراطورية الرومانية ، كما أنه كان من العوامل التى ساعدت على قيام الترابط وتقوية الإخاء الروحى بين الجماعات التى إعتنقت المسيحية والتى تناثرت فى أرجاء الامبراطورية .

وفى سنة ٣١٣ ميلادية أصدر الامبراطور قسطنطين قانونا أباح فيه حرية الاعتقاد ، فكان لهذا القانون أثره فى تدعيم نظام الكنيسة التى جعلت لدائرة كل مدينة أسقفاً ، ولكل مجموعة من المدن أسقفاً أكبر ، وجعلت هناك كبيراً للأساقفة مقره عاصمة الولاية ، وهو نظام استمد من النظام الإدارى الذى كان متبعاً فى الدولة الرومانية .

= الاسلامية ، أنظر تفصيل الحكم فى خفاجى ورائج ، السابق ، ص ١٨٧ – ١٨٨ وهو صادر من دائرة الأحوال الشخصية للأجانب فى ١٩٥٨/٥/١٣ رقم ١١٨ س ١٩٥٧ كلى . وانظر كذلك حكما صادراً من محكمة الرمل الجزئية فى ١٩٥٨/٨/١١ رقم ٨٧٥ سنة ١٩٥٧ فى المرجع جزء ٢ لصالح حنفى رقم ٢٩٨ ص ٢٣٦ وقد عدد هذا الحكم الأديان السائدة ، وقرر أن « البهائية ليست من الأديان المعترف بها ، وتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية يؤدى إلى بطلان الزواج إذ الشريعة الاسلامية تشترط فى عقد الزواج أن يكون للزوجين ملة يقران عليها » .

وقد قامت العلاقة بين كنائس الولايات على أساس المساواة . ولم يكن هناك خلاف بينها فى العقائد . ويمكن القول بصفة عامة أن الكنائس المسيحية قد ظلت متحدة فى سائر عقائدها حتى القرن الخامس [1] . إلا أنه فى ذلك القرن نشأ خلاف بينها حول طبيعة المسيح عليه السلام ، إذ ظهر مذهب جديد عرف بمذهب اليعقوبيين نسبة إلى الأسقف المسمى « يعقوب البرادعى » أسقف الرها (محلها الآن أورفا فى جنوب تركيا) . وقد نادى هذا المذهب بالطبيعة الواحدة للمسيح (monophysisme) وهى الطبيعة الإلهية ، وأنكر المذهب الذى كان سائداً حتى ذلك الحين ، والذى كان يقول بالطبيعتين للمسيح : الطبيعة الإلهية والطبيعة البشرية . وقد كان ظهور المذهب الجديد سبباً فى انقسام المسيحيين إلى فريقين فريق يؤمن بالطبيعة الواحدة للمسيح وفريق يؤمن بالطبيعتين . وقد اعتنق المذهب الأول أهل الشرق عموما ، وهم أقباط مصر والأرمن والسريان ، أما أهل الغرب وهم الروم واللاتين (أهل ايطاليا) فقد بقوا على مذهب الطبيعيين [2] .

وقد كان الخلاف حول طبيعة السيد المسيح مناسبة انتهزها المصريون ، فرفضوا أن يخضعوا لقرار مجمع خلقيدونه (Concile de Chalcédoine) سنة ٤٥١ والذى كان يقضى بعزل « ديوسكور » (Dioscore) بطريرك الاسكندرية ، كما أعلنوا إنكارهم لقرارات المجمع بشأن الطبيعتين ، لمخالفته للعقيدة الدينية . وصارت الطبيعة الواحدة هى مذهب غالبية المصريين . وبذلك ظهر تحدى الكنيسة المصرية لكنيستى روما والقسطنطينية معاً ، وأعلنت الكنيسة المصرية انفصالها وتبعها عامة المصريين ، ولم تفلح وسائل الشدة التى استخدمت لإعادتهم إلى الكنيسة الرسمية [3] .

---

(١) وقد ظهرت قبل ذلك الحين مذاهب لم يكتب لها البقاء طويلا .

(٢) أحمد صفوت : المرجع السابق ، ص ٥٣ — ٥٤ .

(٣) أنظر فى هذا المعنى : « دوفيليه » ، « دوكليرك » Jean Dauvillier et Carlo de Clercq; Le mariage en droit canonique oriental, 1936, P. 22.

على أنه إذا كانت ظروف الانفصال قد هيئت بمناسبة مجمع خلقيدونه ، فان أسبابه الحقيقية ترجع إلى نزعة قومية ظهرت على أثر التوتر بسبب الاضطهاد الذى حدث فى مصر ، وبسبب التعسف الاقتصادى والادارى الذى كان واقعاً عليها . وكان مجمع خلقيدونه هو المناسبة التى تحرك بسببها ما فى الصدور ، فتقرر انفصال الكنيسة المصرية . وأعلنت كنيسة روما أن الكنيسة المصرية قد انشقت عن التعاليم الصحيحة للدين المسيحى ، كما أعلنت الكنيسة المصرية من جانبها أنها على حق وأن كنيسة روما هى المخطئة ، وصمم الفريقان على موقفهما حتى الآن [١] .

ومنذ ذلك الحين عرفت الكنيسة المصرية بالكنيسة القبطية الارثوذكسية وتبعها فى الانفصال بعد ذلك أهل الشرق الذين دافعوا عن مذهب الطبيعة الواحدة للمسيح . وهم — كما قدمنا — الارمن والسريان . كما أنشأوا كنائس أرثوذكسية مستقلة لهم . وبقى أهل الغرب وهم — كما رأينا — الروم واللاتين على مذهب الطبيعتين الذى تقرر رسمياً للكنائس الغربية فى مجمع خلقيدونه ، إلى أن حصل الانشقاق الكبير ، كما سنرى بعد قليل .

ولما انفصلت الكنيسة المصرية ، استقلت بأمورها الدينية والادارية ، وجعلت لغة العبادة فى كنائسها اللغة القبطية بعد أن كانت اليونانية ، واتخذ مقر كرسى الرئاسة الدينية فى الاسكندرية ، والتى كانت كنيستها من أقدم الكنائس بعد كنيسة روما [٢] .

٣٠ — الانفصال بين الكنيسة الشرقية والكنيسة الغربية — الارثوذكسية والكاثوليكية : على أنه إذا كان انفصال الكنيسة المصرية قد تم على أثر

---

(١) تادرس ميخائيل تادرس : شرح الأحوال الشخصية للمصريين الغير مسلمين ، الطبعة الأولى ١٩٥٦ ص ٣٦ — ٣٧ .

(٢) وكان قد تقرر رسميا فى مجمع نيقية (٣٢٥) بأن الاسكندرية تعتبر فى المرتبة الثانية بعد كنيسة روما .

الخلاف الذى قام حول طبيعة المسيح ، فان النزاع قد بدأ يدب بين الكنيسة الشرقية فى القسطنطينية والكنيسة الغربية فى روما . إلى أن انتهى الامر بينهما بانفصال كل منهما عن الاخرى فى القرن الحادى عشر ، وترجع أسباب الانفصال إلى ما قبل ذلك .

فقد كانت كنيسة روما أقدم الكنائس ، وبعدها الاسكندرية ، وأنطاكية وأورشليم ، ثم القسطنطينية . وكانت مكانة أسقف القسطنطينية تعتبر فى المقام الثانى بعد أسقف روما . ويرجع ذلك إلى سنة ٣٨١ حينما عقد مجمع بالقسطنطينية تقرر فية إعطاء كنيسة القسطنطينية المكان الثانى بعد كنيسة روما . وفى مجمع خلقيدونه سنه ٤٥١ أعطى أسقف القسطنطينية الولاية الفعلية على بعض الاسقفيات (أو الأبروشيات) للبلاد المجاورة . ولقب نفسه بالبطريرك ، بل والبطريرك المسكونى (Oecuménique ، أى فى العالم المسكون) . ومن هنا كان ادعاؤه بنشر سلطانه على الشرق أجمع، شانه فى ذلك شأن سائر الأباطرة البيزنطيين (١)

ولقد كان لهذا الموقف أثره فى بذور الشقاق بين الكنيسة الشرقية والكنيسة الغربية ، فاتخذ الخلاف على الرئاسة بين الكنيستين صورة الخلاف المذهبى ، ونسبت كل كنيسة إلى الأخرى أنها حادت عن الطريق السوى . وإذا كان أسقف القسطنطينية قد طالب بأن يكون هو الرئيس الأعلى للمسيحية فى العالم المسكون ، فان هذا قد لقى معارضة شديدة من كنيسة روما التى كانت ترى أنها كنيسة بطرس الرسول ، وأن البابا خليفته ، وأن الرئاسة الدينية لا تكون إلا لها . وقد بلغ الشقاق بين الكنيستين أشده فى القرن الحادى عشر إلى أن تم الانفصال الكبير بينهما عام ١٠٥٤ . واعتبرت كل منهما نفسها أنها أرثوذكسية (أى ذات الرأى المستقيم) وكاثوليكية (أى جامعة) . ولكن

---

(١) أنظر : « دوفيلييه » و « دوكليرك » J. Dauvillier - C. De Clerq, المرجع السابق ، ص ١ .

فى الواقع غلبت تسمية الأرثوذكسية على الشرقيين جميعاً ، وتسمية الكاثوليكية على كنيسة روما [١] .

٣١ – ظهور المذهب البروتستانتي : على أنه إذا كان العالم المسيحى قد انقسم إلى قسمين كبيرين هما الأرثوذكس ، ويتبعون الكنيسة اليونانية (أو البيزنطية) والكنيسة المصرية ، والكاثوليك ويتبعون كنيسة روما ، فقد استمر الوضع كذلك حتى القرن السادس عشر . إذ فى خلال هذا القرن ظهر مذهب ثالث هو المذهب البروتستانتي . وقد ظهر هذا المذهب فى ألمانيا حيث نادى به الراهب الالمانى « مارتن لوثر » ، وانتشر فى الشرق خلال القرن التاسع عشر عن طريق المرسلين الامريكان ، وتبعه أنصار من المسيحيين على اختلاف طوائفهم .

---

(١) أحمد صفوت : المرجع السابق ، ص ٥٤ .

ومن ذلك يتضح لنا أن التسمية إلى أرثوذكسية وكاثوليكية ، إذا كان يرتبط بالانقسام بين الشرق والغرب حول الرئاسة الدينية ، فان الخلاف بينهما على هذه الرئاسة قد اتخذ صورة خلاف مذهبي . ولعل هذا الخلاف هو الذى اتخذ أساسا لقيام كل من المذهبين الأرثوذكسى والكاثوليكى ، وليس الخلاف حول طبيعة السيد المسيح . وإذا قيل بأن الأرثوذكسية مذهب ، فانه ينبغى أن يفهم على هذا النحو ، فهو مذهب أهل الشرق عموما والكاثوليكية مذهب أهل الغرب عموما ، مع مراعاة موقف الكنيسة المصرية من قبل ، ذلك رغم ما قد يكون هناك من خلاف على بعض مسائل العقيدة بين أتباع المذهب الأرثوذكسى الذين كانوا يتبعون الكنيسة الشرقية ، كاتباع بعضهم لمذهب الطبيعة الواحدة للمسيح ، واتباع بعضهم لمذهب الطبيعتين كالروم . فالعبرة إذن بالتبعية للكنيسة الغربية أو الشرقية ، ولذلك نجد أن من انقسم بعد ذلك على الطوائف الشرقية واتبع الكاثوليكية كالأقباط الكاثوليك مثلا صاروا تابعين من حيث الرئاسة الدينية لروما ، بعد أن صاروا كاثوليك . والأخذ بهذا النظر يجعلنا لا نوافق على ما اتجه إليه البعض من القول بان الارثوذكسية ليست مذهباً (أنظر فى ذلك الدكتور إهاب اسماعيل فى مؤلفه (أصول الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، الكتاب الأول ١٩٦٢ ص ٢٩ وما بعدها) .

وهذا المذهب ، لا يعترف برئاسة دينية ، ولا يرى فى رجال الدين ، وعلى رأسهم البابا ، إلا رجالا عاديين اختيروا لتمثيل الشعب وقيادته ، فلا يملكون منح الغفران . وإنما يمنح الله الغفران لمن تاب وندم على خطيئته . ويبيح هذا المذهب لكل فرد أن يفسر الكتاب المقدس بنفسه ، فهو يقوم على إتاحة المناقشة والجدل فيما ورد فى الكتب المقدسة ، ومن هنا تعددت شيعه ، وإن كانوا فى مصر يعتبرون طائفة واحدة وهى طائفة الانجيليين الوطنيين [١] .

٣٢ ــ أتباع المذاهب المسيحية الثلاثة فى مصر : ومما سبق يتبين لنا أن العالم المسيحى قد انقسم إلى ثلاثة مذاهب أو ملل كبرى هى : الارثوذكسية والكاثوليكية والبروتستانتية : وقد وجدت هذه المذاهب الثلاثة فى مصر وانقسم أنصار كلا منها فتعددت بذلك طوائفهم .

أما عن المذهب الأرثوذكسى فقد اندرج تحت لوائه الكنيسة القبطية ، وكنيسة الأرمن والسريان (أهل سوريا) (وهى الكنائس التى تعتقد بالطبيعة الواحدة) ، وكنيسة الروم (اليونانيين Grecs) . وهؤلاء يكونون الطوائف الأرثوذكسية .

أما عن المذهب الكاثوليكى ، فقد اعتنقه فريق من المسيحيين التابعين للكنائس الأرثوذكسية الأربعة السابقة ، وهم من القبط والأرمن والسريان

---

(١) أحمد صفوت ، المرجع السابق ، ص ٥٤ .

ومن ذلك نرى أنه إذا كان المذهب الأرثوذكسى قد انتشر بصفة عامة فى الشرق والمذهب الكاثوليكى قد انتشر بصفة عامة فى الغرب ، فان المذهب البروتستانتى قد انتشر هو الآخر فى الغرب وخاصة فى ألمانيا وشمال أوروبا وانجلترا وأمريكا ، على أنه إذا كانت تلك المذاهب الثلاثه قد سادت بصفة عامة على أساس التوزيع السابق ، فانه قد وجد أنصار لكل مذهب فى البلاد المختلفة ، سواء فى الشرق أو فى الغرب ، وهذا ما يتبين لنا مثلا فى مصر ، حيث يوجد مسيحيون يتبعون المذاهب الثلاثة ، وإن كانت الغالبية من بينهم تتبع المذهب الارثوذكسى .

والروم ، الذين ارتدوا عن المذهب الأرثوذكسى وعادوا إلى الكاثوليكية ، وخاصة بعد الحروب الصليبية . وقد بقى هؤلاء المرتدين محتفظين بجنسياتهم الأصلية ، ومنهم نشأت الطوائف الكاثوليكية الشرقية وهم القبط والأرمن والسريان والروم . وإلى جانب هؤلاء المرتدين عن المذهب الارثوذكسى ، دخل أتباع آخرون فى المذهب الكاثوليكى وهم الموارنة (أهل لبنان) واللاتين (وهم كاثوليك الغرب من القدم الذين لم يشايعوا الكنيسة الشرقية ، ومن نزح من الغرب إلى الشرق أثناء الحروب الصليبية وبعدها واستوطنوا سواحل الشام مع من انضم اليهم من الشرقيين) ، والكلدان (من أهل العراق) [١] : وهؤلاء جميعاً يكونون الطوائف الكاثوليكية .

وأما عن المذهب البروتستانتى ، فقد اعتبر أتباعه فى مصر — رغم تعددهم — طائفة واحدة هى طائفة الانجيليين الوطنيين ، كما قدمنا [٢] .

هذه هى الطوائف المسيحية التى وجدت فى مصر عند صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . ويتبين لنا أن المسيحيين يتحدون من حيث الديانة ، فديانتهم جميعاً المسيحية ، ولكنهم مع ذلك قد يختلفون من حيث المذهب أو الملة . كما أنهم قد يتحدون من حيث الدين والملة ، ولكنهم يختلفون من حيث الطائفة . وعلى ذلك يمكن أن يكون المسيحى المصرى أرثوذكسيا أو كاثوليكياً

---

(١) أحمد صفوت : المرجع السابق ، ص ٥٤ .

(٢) وفيما يتعلق بانشاء هذه الطائفة فى مصر ، ينظر : فيليب جلاد ، المرجع السابق ؛ جزء ٥ ص ٤١٩ وما بعدها . وكذلك : احمد صفوت : المرجع السابق ، الفصل الرابع عشر ص ٨٣ .

أما بالنسبة للطوائف الأرثوذكسية والطوائف الكاثوليكية فيمكن الرجوع بشأنها إلى ما أورده الأستاذ أحمد صفوت فى الفصل العاشر وما بعده من كتابه السابق .

أو انجيلياً . وإذا كان أرثوذكسيا فقد ينتمى إلى طائفة الأقباط أو إلى طائفة الأرمن . .

ويراعى بالنسبة للقبط أن طوائفهم مستقلة بعضها عن بعض . وللقبط والروم رئاسة عليا فى مصر والرئاسة العليا للأرمن فى اشمازين ببلاد القوقاز ، ورئاسة السريان فى دير الزعفران بماردين من أعمال تركيا . أما بالنسبة للطوائف الكاثوليكية فكلها تتبع الرئاسة الدينية فى روما . وأما البروتستانت فلهم فى كل قطر رئاسة مستقلة[١] .

ثانياً : الطوائف اليهودية :

٢٣ ـ **انقسام اليهود ـ القرائن والربانيون** : بدأت اليهودية ، كما بدأت المسيحية ، ملة واحدة ، جاء بها موسى عليه السلام ، والكتاب المنزل لشريعته هو التوراة . ظل أبناء هذه الديانة وحدة واحدة من حيث المذهب ، حتى القرن الثامن الميلادى ، أى بعد ظهور الشريعة الموسوية بزمن كبير ، حينما اقسموا وظهر مذهب جديد هو مذهب القرائين إلى جانب المذهب الأصلى وهو مذهب الربانيين ، وأنصار هذا المذهب الاخير يكونون غالبية اليهود[٢] .

ومنشأ الخلاف والانقسام بين الطائفتين هو (التلمود) وهو عبارة عن الأحكام الزائدة عما ورد فى التوراة . فالربانيون (أو الربانون) يعتقدون بالتوراة وبالتلمود ويقولون إن الله لم ينزل على موسى التوراة وحدها ، بل إنه أنزل عليه أحكاماً أخرى أمره ألا يكتبها ، وإنما يبلغها شفوياً .

---

(١) أحمد صفوت : المرجع السابق ، ص ٥٣ .

(٢) أنظر فى هذا الموضوع : مراد فرج فى كتابه بعنوان « القراؤن والربانون » . وانظر كذلك مقدمة كتاب « شعار الخضر فى الأحكام الشرعية الإسرائيلية للقرائين تأليف العلامة إلياهو بشياصى ، تعريب وشرح الأستاذ مراد فرج ، ١٩١٧ ، حيث تمنى المعرب ألا يكون هناك ما يفرق بين اليهود الربانيين والقرائين من اختلاف المذهب (ص ١) .

وقد ظلت هذه الأحكام الأخرى غير مدونة يتناقلها الخلف عن السلف كالسنة والاجماع فى الاسلام ، حتى دونت . ذلك أن بنى إسرائيل حينما قهروا وتشتتوا وضاعت كتبهم وهلك علماؤهم ،خشى بعضهم على اندثار شريعتهم ، فخوفا على التوراة الشفوية من الضياع قام الأحبار بتدوينها ، فأخرجوا كتاباً اسموه « المشنا » . وللربانيين فى هذا الكتاب اعتقاد خاص بهم دون القرائين ، هو أنه سنة تواترت عن النبى عليه السلام أوحى به إليه فى جبل سينا مدة الأربعين يوماً التى قضاها به كما أوحيت إليه التوراة الشفوية،وأنه أمر ألا يكتبه وإنما يبلغه شفهياً ، ولهذا فهو يعرف عندهم بالتوراة الشفوية ، ويقولون إن التوراة اثنتان : إحداها المعروفة والثانية « المشنا » وقد سميت كذلك بمعنى الكتاب الثانى ، لأنه الكتاب الثانى بالنسبة إلى التوراة[1] .

وقد تناول أحبار اليهود « المشنا » بالشرح والتعليق ، ثم دونت شروحهم وتعليقاتهم وما قالوا به من ترجيح لآراء الأحبار فى كتاب « الجمراه » بمعنى التكملة والاتمام ، إذ أنه أتم وأوفى ، وقد كان هناك الفلسطينيين و « جمراه » العراقيين . ويطلق على « المشنا » و « الجمراه » اسم التلمود . وعلى ذلك ، إذا ذكر «الجمراه» قصد به العمل الذى أتمه العلماء وأكملوه . وإذا ذكرت «المشنا» علم أنه المثنى دون الترجيح والشرح . وإذا ذكر التلمود صدق على الاثنين : « الجمراه والمشنا » . فالمشنا أخص بالنسبة للجمراه ، وهذا أخص بالنسبة إلى التلمود[2] .

والتلمود أثنان : أورشليمى وضع فى أورشليم وضعه الفلسطينيون ، وبابلى وضعه العراقيون ، والاول أسبق وأقدم والجمراه فيه ليست كاملة . ويختلف المشنا

---

(١) مراد فرج : القراؤن والربانيون ، ص ٣٦ وانظر ايضا ص ٤٢ .

(٢) المرجع السابق ، ٣٩ .

فى التلمودين عن الآخر فى كثير من المواضع . ويقال تلمود أورشليم إذا كان مؤلفا من المشنا وجمراه فلسطين ، وتلمود بابل إذا كان مؤلفا من المشنا وجمراه العراق . والبابلى أوسع وأكبر لكثرة مباحثه ، وإليه الرجوع غالباً[١] .

هذا هو مذهب الربانيين ، ومنه نتبين أنهم يؤمنون بالتوراة الأصلية وبالتلمود وهو عندهم التوراة الثانية التى لم تدون عند نزولها حتى قام الأحبار بتدوين أحكامها على النحو الذى فصلناه .

أما القراؤن فهم طائفة خرجت على التوراة الثانية ، ولا يعتقدون إلا بالتوراة الأصلية فقط[٢] . ويذهب القراؤن إلى أن الله سبحانه وتعالى لم ينزل على موسى عليه السلام غير التوراة . وهذا هو منشأ الخلاف بينهم وبين الربانيين . فالربانيون يعملون بالتلمود ويتقيدون به خلافا للقرائين ، « فان طريقتهم هى دائما من واقع نصوص التوراة وحدها وتفسيرها وشرحها بالادلة العقلية والقواعد العلمية ، مع استعمال القياس واتباع الاجماع فيما لا يخالف الكتاب . وهم فى ذلك مجتهدون غير مقيدين ؛ إذ أنهم لم يقيدهم أحد كما قيد الربانون بعقيدتهم فى المشنا وإحرام علماء التلمود إياهم شرعا إذا خالفوهم »[٣] . فالاجتهاد غير مقفل بالنسبة للقرائين ،

---

(١) المرجع السابق ، ص ٣٩ . وأنظر أيضا مقدمة الاحكام الشرعية فى الاحوال الشخصية للاسرائيليين تأليف «حاى بن شمعون » سنة ١٩١٢ ص و — ز من المقدمة .

(٢) وقد سموا كذلك لاقتصارهم على المقرأ أى ما يقرأ فيه وهو التوراة دون التلمود ، ودون التقيد به (مراد فرج ، المرجع السابق ص ٤٩) .

(٣) مراد فرج : المرجع السابق ص ٤٢ — ٤٣ .

وليس معنى إنكار القرائين المشنا أو التلمود أنه محرم عليهم شرعا رجوعهم إليه واعتمادهم عليه ، بل المعنى هو أنهم لا يؤمنون به سماويا ، وأنه شرح وتفسير من وضع العلماء والفقهاء ، على التوراة ، بخلاف الربانين الذين يذهبون إلى أنه سماوى كالتوراة (المرجع السابق ص ٤٧ — وأنظر أيضا ص ٦٤ ٦٥ من نفس المؤلف — وانظر كذلك فى أسباب عدم إيمان القرائين بالتلمود ص ٥٣ — ٥٥ من نفس المؤلف) .

كما هو الشأن بالنسبة للربانيين الذين قيدوا بالتلمود [١].

هذان هما المذهبان اللذان تنقسم إليهما الشريعة اليهودية : فهناك القراؤن والربانيون . ولم ينقسم القراؤن وإنما انقسم الربانيون إلى فريقين : «السفرديم» و «الاشكنازيم» . فكل يهودى عندالربانيين إما «سفردى» وإما «اشكنازى» ويوجد بين الفريقين خلاف على بعض المسائل [٢].

ولكن انقسام الربانين إلى فريقين على النحو السابق لا أثر له الآن ، لأن كليهما ربانيون ، وطائفة الربانيين فى مصر حاخامها من «السفارديم» [٣]. وعلى ذلك فاليهود يكونون فريقين ، فريق القرائين ، وفريق الربانيين . وقد وجد فى مصر طائفة لكل منهما .

٣٣ ـ خاتمة الفصل الثانى ـ حصر الطوائف التى كانت قائمة عند صدور القانون رقم ٤٦٢ : رأينا فيما سبق كيف أن المسيحيين واليهود قد انقسموا إلى مذاهب وطوائف متعددة . ويمكننا فى هذا الصدد أن تقرر أن الطوائف التى كانت موجودة فى مصر حين صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ كانت موزعة على النحو الآتى :

فمن الطوائف الارثوذكسية كان هناك أربع طوائف : (١) طائفة الاقباط الارثوذكس : ويتبعون الكنيسة المصرية وهم أكبر الطوائف بين غيرالمسلمين من حيث العدد ، ومن أصل مصرى . وقد رأينا أنهم قد انفصلوا منذ القرن الخامس حينما قام الخلاف حول طبيعة المسيح ودانوا بالطبيعة الواحدة . ولقد

---

(١) انظر فى توضيح ما يترتب على ذلك ،مقدمة شعارالخضر ، المرجع السابق ص ١ — ٣

(٢) أنظر مراد فرج ، المرجع السابق ، ص ٣٥ ؛ وكذلك : احمد صفوت المرجع السابق ص ١٠٠ — ١٠١ .

(٣) انظر أحمد صفوت المرجع السابق ص ١٠١ وكذلك ص ١٠٢ وما بعدها .

اعتنق المسيحيون المصريون المسيحية فى القرن الأول للميلاد . دعاهم إليها القديس « مرقس » صاحب الانجيل المسمى باسمه ، ولقد كانت الاسكندرية مقر الرئاسة الدينية لهم ، وتعد كنيستها من أقدم الكنائس بعد كنيسة روما ، كما قدمنا .

وفى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ صدرت لائحة ترتيب واختصاصات مجلس الاقباط الارثوذكس ، وعدلت فيما بعد بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٠٨ والقانون رقم ٣ لسنة ١٩١٢ . وفى سنة ١٩٢٧ أعيد العمل بلائحة ١٨٨٣ . وفى سنة ١٩٢٠ وضعت لائحة داخلية لمجالس الطائفة ، صدق عليها من وزارة الداخلية فى ٩٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ (١)

٢ — طائفة الأرمن الارثوذكس : وأنصار هذه الطائفة يدينون بالطبيعة الواحدة . ولهم رئيس بدرجة « رئيس أساقفه » لانه تابع لبطرك الآستانة .

٣ — السريان الارثوذكس : وهم يدينون أيضاً بالطبيعة الواحدة مثل الاقباط الارثوذكس ، ولا يختلفون عنهم فى العقائد الدينية ، ويبدوا أنهم كانوا تابعين للأقباط الارثوذكس فى قضائهم إلى عام ١٩١٣ حينما أنشئت لهم وكالة بطريركية . وعددهم فى مصر قليل (٢)

٤ — الروم الارثوذكس: والروم فى الاصل أهل الامبراطورية الرومانية التى انقسمت إلى مملكتين : الغربية وعاصمتها روما ، والشرقية وعاصمتها القسطنطينية . وكانت المملكة الشرقية — ويسميها العرب مملكة الروم — تشمل بلاد الشرق ومنها مصر . وفيما بعد أصبحت كلمة روم مرادفه لكلمة يونان وصارت اليونانية

(١) أنظر المرجع المشار اليه فى الهامش السابق ، ص ٧٥ وما بعدها ، وكذلك (مسينا) Messina فى مؤلفه بعنوان :

Traité de droit civil égyptien mixte. t. III P, 100 et s.

(٢) أنظر . احمد صفوت : ص ٧٨ وما بعدها .

هى اللغة الرسمية ، وحلت محل اللغة اللاتينية . وإلى جانب اللغة اليونانية كانت هناك لغات أخرى فى الاقطار غير اليونانية كالقبطية والسريانية .

وقد اتبعت طائفة الروم فى مصر مذهب الطبيعتين . وكان لهم بطريرك فى الاسكندرية . ويقال لهم أيضا ملكيين melchites أو melkites نظرا لانتمائهم إلى مذهب ملوك الروم [١] .

وللروم الأرثوذكس بطريرك بالاسكندرية . وتمتد ولايته على مصر وطرابلس الغرب والنوبة والحبشة، وتمتد فى الوقت الحاضر على كل القارة الافريقية.

هذه هى الطوائف الارثوذكسية الموجودة بمصر . وقد رأينا أن كل طائفة من هذه الطوائف لها ما يقابلها من الكاثوليك . وبذلك وجدت أربع طوائف كاثوليكية ، يضاف اليها ثلاث طوائف لامقابل لها بين طوائف الارثوذكس . وعلى ذلك فان الطوائف الكاثوليكية التى توجد بمصر موزعة على النحو التالى : (١) الأقباط ، وهم من أصل مصرى (٢) السريان ، من أصل سورى (٣) الأرمن ، من أصل أرمنى (٤) الروم ، وهم فى الغالب من أصل غير مصرى . وهذه هى الطوائف التى لها مايقابلها من الطوائف الارثوذكسية (٥) الموارنة ، من أصل لبنانى (٦) الكلدان ، من أصل عراقى (٧) اللاتين ، من أصل أوربى .

أما البروتستانت ، فهم على الرغم من تعدد طوائفهم من حيث الواقع ، إلا أنهم يعتبرون فى مصر طائفة واحدة ، هى طائفة الانجيليين الوطنيين .

---

(١) المرجع السابق ، ص ٦٤ وما بعدها ، وصسينا : المرجع السابق ، جزء ٢ ص ١٠٥ وما بعدها .

وتوجد فى طور سينا كنيسة للروم الأرثوذكس ، ولكنها مستقلة عن كرسى الاسكندرية وتمتد ولاية رئيسها — ويلقب برئيس الأساقفة — على الرهبان المقيمين فى دير القديسة كترينا بالجبل وعلى بعض الأعراب المسيحيين الذين يقطنون أرض الدير .

هـذه هى الطوائف المسيحية التى وجدت بمصر عند صدور القانون ٤٦٢ وعددها اثنتاعشرة طائفة. فاذاما أضيف إلى تلك الطوائف طائفتا اليهود (الربانيون والقراؤن) كان مجموع طوائف غير المسلمين من المصريين أربع عشرة طائفة. وقد كان لكل طائفة منها جهة قضاء خاصة للفصل فى مسائل الأحوال الشخصية. واذا كانت جهات قضائها قد ألغيت إلا أنه يتعين الآن تطبيق الشرائع الدينية لاهل هذه الطوائف إذا توافرت شروط تطبيق تلك الشرائع أمام المحاكم العادية.

الفصل الثالث

مايعتبر شريعة عند غير المسلمين من المصريين

(مصادر الشريعة المسيحية واليهودية)

٣٥ – الخلاف حول ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين :

إذا كنا قد حددنا فيما سبق مايعتبر من الأحوال الشخصية ، وبينا الطوائف التى انقسم إليها غير المسلمين من المصريين ، فلم يكن ذلك إلا توصلا لتطبيق شريعتهم التى استلزم القانون تطبيقها فى مسائل الأحوال الشخصية . فنطاق تطبيق الشريعة الخاصة بكل طائفة يقتصر فقط على ما يعتبر من الأحوال الشخصية طبقا للتحديد الذى سبق لنا بيانه . هذا من جهة . ومن جهة أخرى فان الشريعة الخاصة لا تطبق إلا على أفراد الطوائف السابقة فى منازعاتهم الخاصة بالأحوال الشخصية ، إذا توافرت شروط معينة سنعرض لها بعد قليل . ولذلك كان علينا أن نحدد ما يعتبر شريعة عندهم ينبغى تطبيقها فى هذا الصدد . فهل نطبق ما ورد فى الانجيل أو التوراة فقط خاصا بالأحوال الشخصية ، أم نأخذ أيضا بما ورد فى المصادر الأخرى من أحكام ؟

ثار الخلاف حول هذا الموضوع غداة انتقال الاختصاص فى مسائل الأحوال الشخصية إلى المحاكم العادية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ . ولعل أهم المسائل التى أثير بصددها الخلاف حول ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين ، كانت مسألة الطلاق لدى بعض الطوائف المسيحية . وقد ظهر هناك اتجاهان فى هذا الصدد حول ما يعتبر شريعة عندهم بصفة عامة . وانقسمت المحاكم إلى فريقين ، فريق

يقصر ما يعتبر شريعة عنـدهم على الكتب المنزلة فقط ، وفريق آخر يدخل في اعتباره مصادر أخرى إلى جانب الكتب السماوية .

٣٦ — الاتجاه الاول : قصر ما يعتبر (شريعة) عند غير المسلمين على ما جاء في الكتاب المقدس : أما عن الاتجاه الأول ، فقد أيده فريق من المحاكم كان على رأسها محكمة قنا الابتدائية للأحوال الشخصيـة [(١)] حينما قضت بأن الانجيل وحده هو المصدر الذى ينبغى الرجـوع إليه . فقالت : « حيث إن أحكام الشريعة المسيحية مدونة فى الانجيل ، وقد أشار فى مواضع متعـددة إلى رابطة الزوجيـة فوصفها بأنها رابطة مقدسة ، وهى سر من أسـرار الكنيسة السبعة ، وحرم على بنى الانسان التعرض لها أو حل عقدتها ، لأن ما جمعه الله لا يفرقه إنسان ، فقد ورد على لسان السيد المسيح «وقيل من طلق امرأته فليعطها كتـاب طلاق وأما أنا فأقول لكم إن من طلق امرأته إلا لعلة الزنا يجعلها تزنى . ومن يتزوج بمطلقة فاءنه يزنى» ...[(٢)] كما ورد فى رسالة بولس الرسول الأولى إلى أهل كورنثوس « أما المتزوجـون فأوصيهم لا أنا بل الرب أن لا تفارق المرأة رجلها، وإن فارقته فلتلبث غير متزوجـة أو لتصالح رجلها . ولا يترك الرجل امرأته » .

« وحيث انه من العجب ، بل البـالغ فى العجب ، أن بعض القوامين على الدين من رجال الكنيسة وأعضاء المجلس الملى العـام ، وقد سايروا التطور الزمنى ، فاستجابوا لرغبات ضعيفى الايمـان ، فأباحوا الطلاق لأسباب أخـرى

---

(١) حكم فى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٦ المحاماة س ٣٧ رقم ١١٠ ص ١٩٩

(٢) وأشار الحكم بعد ذلك إلى إنجيل متى ، الاصحاح الخامس ، الآيتان ٣١ و٣٢ وإلى ما ورد فى إنجيل متى كذلك ، الاصحاح ١٩ الايات من ٣ إلى ١١ ، وإلى إنجيـل مرقس ، الاصحاح العاشر ، الاية رقم ١١ .

لا سند لها من الانجيل ، وإنما استمدت من أحكام القانون الرومانى وقت أن اعتنقت الدولة الرومانية الديانة المسيحية ، فأبقت على بعض شرائعها ، وكذلك نقلت عنه الحكومة الفرنسية بوصفها حكومة مدينة وزواجها مدنى ، فطبقتها المحاكم الملية الملغاة ردحا من الزمن ، متناسية أن أحكام الانجيل تحرم الطلاق فيها ، وهى أحكام منزلة وضعت لمختلف الأجيال فلا يصيبها البلى ولا القدم ، حتى يسوغ القول بأن تطبيقها يجافى مدنية هذا العصر .

وحيث ان المجمع المقدس والمجلس الملى العام وضعا مشروعا لقانون الأحوال الشخصية للأقباط لأرثوذكس ، أفرد فيه الفصل الأول من الباب الثانى منه لأسباب الطلاق وعددها فى المواد من ٤٨ إلى ٥٣ . . [١] .

وحيث انه لا مساغ للجدل فى أن ما ماذهب إليه هذا المشروع من آراء ومبررات ، فيما خلا النص على إجازة الطلاق لعلة الزنا ، لا يمت بصلة إلى أحكام الانجيل ، وهى سند الأقباط الوحيد فى تنظيم أحكام رابطة الزوجية المقدسة . وقد أنصفت الحكومة بعدم تصديقها على هذا المشروع والنص فى قانون إلغاء المحاكم الملية على أن الفصل فى منازعات المصريين غير المسلمين يكون طبقا لشريعتهم ، وحكم الشريعة المسيحية قاطع فى أنه غير جائز إلا لعلة الزنا ، ورتب على زواج أحد المطلقين بأنه زواج مدنى ، بل هو الزنا بعينه .

وحيث أنه متى كان كذلك ، فان المحكمة لا تستطيع وقد نيط بها تطبيق أحكام الشريعة المسيحية مسايرة المدعية فيما تطلبه من طلاق تستند فيه إلى الاعسار ، وهو سبب لا يمت إلى علة الزنا بصلة من أى نوع كانت ، فضلا عن أن الإعسار أمر طارىء قد يزول فى أى وقت بزوال سببه ، أما رابطة الزوجية

---

(١) وقد أورد الحكم نصوص المواد من ٤٨ إلى ٥٣

فانها إذا انفصمت يستحيل عقدها ولا يمكن أن يعلق حلها على ظرف طارىء ..».

هذا هو ما قضت به محكمة قنا. وقد عادت المحكمة فأخذت بنفس ما قضت به هنا فى دعوى أخرى طلب المدعى فيها الحكم بتطليق زوجته بسبب نشوزها الذى ترتب عليه افتراقهما مدة طويلة. وبسبب تعديها عليه [١]. ثم صدرت بعد ذلك أحكام أخرى من غير محكمة قنا أخذت بما اتجهت إليه هذه المحكمة فى حكميها السابقين [٢].

---

(١) الحكم فى ١ — ٥ — ١٩٥٦ فى القضية رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٦ وقد أشار إليه إهاب إسماعيل فى كتابه : شرح مبادىء الأحوال الشخصية للطوائف الملية ، الطبعة ١ سنة ١٩٥٧ ص ٣٤ — ٣٥

(٢) فمن ذلك حكم محكمة استئناف الاسكندرية ، الدائرة الثانية أحوال شخصية فى ٢١ مايو سنة ١٩٥٦ فى القضية المقيدة بالجدول العمومى تحت رقم ٤٩ سنة ١٢ ق ملى (غير منشور). وقد جاء فى هذا الحكم : « وحيث إن الشريعة المسيحية ، وهى الأحكام الواجب تطبيقها فى هذه الدعوى عملا بالمادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بالغاء المحاكم الملية ، مدونة فى الانجيل المقدس. وقد حرم فيها الطلاق تحريما باتا. ولم يجزه إلا لعلة الزنا ... أما قانون الأحوال الشخصية الذى يستند إليه المستأنف فى دعواه ، وهو القانون الذى وضعه المجمع المقدس والمجلس الملى العام للأقباط الأرثوذكس ، فلم تصدق عليه الحكومة وقد تضمن أسبابا للطلاق لم ترد تصريحا ولا تلميحا فى الانجيل المقدس الذى هو سند المسيحيين الوحيد فى أحكام رابطة الزوجية ، ولم يجزها الرؤساء الروحانيون إلا لما يعتبرونه من أن لهم السلطان فى حل أى رابطة تمت على أيديهم ومنها الرابطة الزوجية ، حتى أنهم كانوا لا يقرون أحكام المجالس الملية الصادرة بالطلاق إلا إذا كانوا مشتركين فى اصدار هذه الأحكام.

وحيث أن المحكمة وقد نيط بها تطبيق أحكام شريعة الطرفين ، وهى أحكام الشريعة المسيحية القاطعة فى أن الطلاق غير جائز إلا لعلة الزنا ، لا تستطيع مسايرة المستأنف فيما يطلبه من طلاق يستند فيه إلى الفرقة التى سعى إلى إطالتها لأسباب واهية ، وهو سبب لا يمت إلى علة الزنا بصلة. فمن ثم يكون الاستئناف قد بنى على غير أساس ويكون المجلس الملى المستأنف فيما قضى به برفض دعوى الطلاق فى محله ويتعين تأييده ».

ومن ذلك أيضا حكم لمحكمة طنطا للأحوال الشخصية فى ٣ ديسمبر ١٩٥٦ منشور ضمن استئناف طنطا فى ٣١ مايو سنة ١٩٥٧ ، المحاماة س ٣٧ رقم ٥٥٢ ص ١٢٩٤ ، وقد رفض الحكم تطبيق لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس ، إذ أن شريعتهم قد تواترت نصوصها على مبدأ ألا طلاق إلا لعلة الزنا.

═

هذا هو الاتجاه الأول الذى اتجهت إليه المحاكم فى تفسير المقصود بشريعة غير المسلمين . وإذا كان الموضوع قد عرض بمناسبة الطلاق فى الشريعة المسيحية إلا أنه يعبر عن وجهة نظر أنصار هذا الاتجاه الأول فيما يعتبر شريعة عند غير المسلمين ، إذ هم يقصرونه على ما جاء فى الكتاب المقدس. ومعنى ذلك أنه لا يلتفت إلى المصادر الأخرى غير الكتاب المقدس ، لأن هذا الكتاب هو الذى يعنيه المشرع بنصه على أن يكون الحكم فى مسائل الأحوال الشخصية وفقا « لشريعتهم » فلا يلتفت إلى ما جرى عليه العمل فى المحاكم الملية قبل إلغائها ، لأن ما كانت تطبقه تلك المحاكم من قواعد لا يعتبر شريعة عندهم ، أى لا يدخل تحت مدلول عبارة « شريعتهم » ، لمخالفة الأحكام التى كانت تلك المجالس تطبقها ـ كما يذهب أنصار هذا الإتجاه الأول ـ لما جاء فى الكتب السماوية ولأنه لم يصدر بها قانون من الهيئة الحاكمة فلا تلتزم بها المحاكم .

= وفى نفس المعنى حكم محكمة بنها الابتدائية (فى القضية رقم ١٠٢ لسنة ١٩٥٦ فى ٢١ يناير ١٩٥٧ (غير منشور) وقد رأت المحكمة ألا تأخذ بما تضمنه مشروع قانون الأحوال الشخصية الذى وضعه المجمع المقدس والمجلس الملى العام للأقباط الأرثوذكس ، الذى وضع أسباب الطلاق ، لأنه لم يصدق عليه من الحكومة ، ولأن هذه الأسباب لم ترد لا تصريحا ولا تلميحا فى الانجيل ، ولم يجزها الرؤساء الروحانيون إلا لما يعتبرونه من أن لهم السلطان فى حل أى رابطة تمت على أيديهم ومنها الرابطة الزوجية ، فكانوا لا يقرون أحكام الطلاق ما لم يكونوا مشتركين فى إصدارها » .

وانظر فى هذا الاتجاه كذلك أحكاما أخرى : المنيا الابتدائية فى ٢٨ فبراير ١٩٥٧ قضية رقم ١ لسنة ١٩٥٧ فى المرجع لصالح حنفى ، جزء ٢ رقم ٦٥٩ ص ١٠٥٠ ، وكذلك استئناف الاسكندرية قضية ٥٠ س ١٢ ق ملى جلسة ٥ ـ ٦ ـ ١٩٥٦ ـ المرجع السابق رقم ٥٩٣ ص ٤٥٣ . وقد عدلت المحكمة عن هذا الاتجاه كما سنرى فيما يلى . وكذلك استئناف أسيوط فى ٤ ـ ٥ ـ ١٩٥٨ المحاماة س ٣٩ ص ١٥ رقم ٣٥ . وانظر فى غير ما وردت الإشارة إليه هنا أحكاما أخرى أوردها الدكتور أحمد رفعت خفاجى والسيد/ رابح لطفى جمعه فى مؤلفهما قضاء الأحوال الشخصية ، ص ١٩١ - ١٩٤ .

٣٧ ـ الاتجاه الثانى : التوسع فى النظر إلى ما يعتبر (شريعة) عند غير المسلمين:

أما عن الاتجاه الثانى ، فهو ينظر إلى ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين نظرة أوسع . فتشمل شريعتهم « ما ورد فى الكتب السماوية وما أقره رجال الدين فى فتاويهم الروحية ومجالسهم الدينية والقضائية والتى صارت عرفا استمد قوته من تطبيقه دواما طويلا . . إذ لا يصح إهدار كل قيمة لما درجت عليه هذه المجالس وما أفتى به رجال الدين. فتقاليدهم هذه جزء من شريعتهم التى أشارت إليها المادة السادسة . . . [١] .

وعلى ذلك فان الاتجاه الثانى لا يقف عند الكتب السماوية فقط ، بل أنه يتوسع فيما يعتبر شريعة عند غير المسلمين فيدخل فيها مصادر أخرى غير الكتب السماوية . ويجعل مما استقر عليه رجال الدين فى فتاويهم وما استقرت عليه مجالسهم القضائية فى أحكامها جزءا من شريعتهم لا يصح إغفاله.

وقد تأيد الاتجاه الثانى بأحكام كثيرة ، بل إنه يمكن القول الآن أن الاتجاه السائد فى جميع المحاكم أصبح يتجه الى نفس هذه الوجهة . من ذلك مثلا محكمة استئناف طنطا ، فقد طبقت هذا الاتجاه إلى التوسع فيما يعتبر شريعة عند غير المسلمين بمناسبة دعوى تطليق بين مسيحيين ، حيث قررت أنه «رغم أن الشريعة المسيحية لا تعرف الطلاق ولا تجيزه إلا لعلة الزنا ، فان فقهاء هذه الشريعة ، وأحكام المجالس الملية قد درجت منذ أمد طويل على إباحة الطلاق لأسباب أخرى تقتضيها ضرورات البيئة والتطور الزمنى . ولا مانع من الأخذ بهذه الأسباب متى توفرت لأنها أقرت من الهيئة الدينية العليا وأئمة الشريعة الأرثوذكسية وكبار رجالها [٢] » .

---

(١) انظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٨ ـ ٣ ـ ١٩٥٦ فى القضية رقم ٦٠٠ لسنة ١٩٥٦ كلى القاهرة وقد أشار إليه إهاب إسماعيل ص ٤١ من كتابه السابق .

(٢) استئناف طنطا فى ٢١ مايو سنة ١٩٥٧ المحاماة س ٣٧ رقم ٥٥٢ ص ١٢٩٤ . وقد ذهبت أحكام كثيرة أخرى إلى هذه الوجهة وخاصة بالنسبة لطائفة الأقباط الأرثوذكس، =

وإذا كان النظر إلى ما يعتبر مصدراً للشريعة المسيحية بصفة خاصة قد ظهر بمناسبة البحث فى أسباب الطلاق وحالاته ، إلا أن الوضع يكاد يكون قد استقر فى المحيط القضائى فى غير مسألة الطلاق ، على تطبيق القواعد التى أقرها المجمع

= فوسعت فيما يعتبر شريعة عندهم ولم تقتصر فقط على ما جاء فى الكتاب المقدس ، وإنما طبقت ما استقر عليه الوضع وما كانت تستند إليه المجالس الملية فى قضائها قبل إلغائها . ومن ذلك مثلا حكم محكمة استئناف القاهرة فى ٦ مايو سنة ١٩٥٦ استئناف رقم ١٢٩ س ٧٣ قضائية — غير منشور — وقد أشار إليه إهاب إسماعيل فى كتابه ص ٤٢ ؛ أو حكم محكمة الزقازيق الكلية فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٦ فى القضية رقم ٢٢٣ لسنة ١٩٥٦ كلى ، وقد أشار إليه إهاب إسماعيل ص ٤٢ — ٤٣ حيث أدخلت المحكمة فى اعتبارها الأحكام التى وضعها المجمع المقدس الخاص بالأقباط الأرثوذكس مقررة أنه وإن لم يكن قد صدر بها قانون يسبغ عليها صفة الالزام ، « إلا أن ذلك لا ينفى جواز الاستئناس بقواعده فى نطاق الأحكام العامة للشريعة المسيحية » . وانظر أيضا حكم محكمة المنصورة الابتدائية فى القضيتين ١٣٦ و١٩٢ لسنة ١٩٥٦ فى ٣٠—٤—١٩٥٦ ومشار إليهما فى المرجع ، لصالح حنفى (طبعة ١ ، ص ٣٠٠ — ٣٠٥) ، وحكم محكمة الاسكندرية الابتدائية فى ١٧—٤—١٩٥٦ فى القضية رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٦ ، وكذلك فى القضية رقم ٣٢ لسنة ١٩٥٦ بتاريخ ٢٠ — ٣ — ١٩٥٦ (وهما غير منشورين) . وانظر أيضا حكم محكمة الجيزة الابتدائية فى القضية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٦ كلى لغير المسلمين فى ٢٩—١٠—١٩٥٧ ، والقضية رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ كلى لغير المسلمين فى ٢٥—٣—١٩٥٧ والقضية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٨ فى ١٥—٤—١٩٥٨ . وكلها أحكام غير منشورة . وانظر كذلك حكم محكمة الاستئناف بالاسكندرية فى ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٩٥٩ بين أقباط أرثوذكس ، حيث لم يقتصر على النظر إلى الزنا كسبب للتطليق لدى هذه الطائفة ولكنه أدخل فى الاعتبار الأسباب الأخرى التى أقرتها اللائحة التى أقرها المجمع المقدس والمجلس الملى العام (والحكم غير منشور) . وانظر من قبل حكما من المحكمة نفسها فى ٢٠ نوفمبر ١٩٥٧ قضية رقم ١٩ و ٢١ سنة ١٢ قضائية ملى فى المرجع لصالح حنفى ، جزء ٢ رقم ٦١٠ ص ٤٦٥ . وكذلك حكم المحكمة نفسها قضية ٥٩ س ١٢ ق ملى جلسة ٢٢ — ١١ — ٥٦ وقد أقرت التطليق لغير الزنا (المرجع جزء ٢ لصالح حنفى رقم ٥٩٥ ص ٤٥٤ . وانظر أيضا المحكمة نفسها قضية ٢٩ س ١١ ق ملى والقضية ٣٠ س ١٢ ق ملى جلسة ٢٧—١٢—٥٦ ، المرجع السابق رقم ٥٩٨ ص ٤٥٥ . ومحكمة استئناف القاهرة قضية ١٢٨ س ٧٣ ق جلسة ٢٧ — ٦ — ١٩٥٦ فى المرجع جزء ٢ لصالح حنفى رقم ٥٥٣ ص ٤١٠ وقد أخذت المحكمة بالاعتداء كسبب للتطليق =

المقدس والمجمع الملى العام بالنسبة لطائفة الأقباط الأرثوذكس . وقد طبقت المحاكم هذه القواعد لا باعتبارها تشريعا وضعيا ، إذ أنه لم يصدر بمقتضاها قانون من الجهة التشريعية فى البلاد ، ولكن باعتبارها عرفا مستقرا ، وافق عليه المجمع المقدس والمجلس الملى العام ، وكانت المجالس الملية لأبناء هذه الطائفة تطبقه فى اضطراد واستمرار [1].

هذا هو الاتجاه الثانى فى النظر إلى ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين ، وهو — كما نرى — لا يقتصر فى نظره إلى ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين على ما جاء

= وكذلك حكمها فى ١٢—١٢—١٩٥٦ قضية ١٣٠ س ٧٣ ق ، فى صالح حنفى جزء ٢ رقم ٥٩٧ ص ٤٥٥ . وكذلك حكمها فى ١٣ مارس ١٩٥٧ رقم ٦ س ٧٤ ق ، فى صالح حنفى جزء ٢ رقم ٦٠٠ ص ٤٥٨ . وكذلك حكمها فى ١٧ — ٤ — ١٩٥٧ رقم ٤٧ س ٧٤ ق فى صالح حنفى السابق رقم ٦٠١ ص ٤٥٩ . وكذلك حكمها ٥—٦—١٩٥٧ رقم ٦١ س ٧٤ ق فى صالح حنفى ، السابق رقم ٦٠٧ ص ٤٦٣ . وكذلك فى ٢٠—٣—٥٨ رقم ٣ لسنة ٧٤ ق ، المرجع السابق رقم ٦١٥ ص ٤٦٩ . وكذلك فى ٢١—٥—٥٨ فى المرجع السابق رقم ٦١٦ ص ٤٦٩ وكذلك حكمها فى ١٥—١٠—١٩٥٨ قضية رقم ١٣٥ س ٧٤ ق ، وفى ١٥—١٠—١٩٥٨ قضية ٣٧ س ٧٥ ق وفى ١٧—١٢—١٩٥٨ رقم ١٩٤ س ٧٤ ق وقد أورد الأحكام الثلاثة الأخيرة رفت خفاجى ورابح لطفى جمعه ، المرجع السابق ص ٢٠٢ — ٢٠٣ من رقم ١٨ إلى ٢٠ على التوالى . وانظر أيضا نفس المرجع السابق فى الأحكام التى أوردها فى غير ما سبقت الإشارة إليه فى هذا الموضوع ص ١٩٥ — ٢٠٣ .

(١) انظر مثلا الأحكام الصادرة من محكمة الاسكندرية الجزئية للأحوال الشخصية ، وهى أحكام غير منشورة فى القضايا رقم ٢٠٠ لسنة ١٩٥٦ فى ١١—٣—١٩٥٦ ، وفى نفس التاريخ فى القضية رقم ١٠ لسنة ١٩٥٧ ، والقضية رقم ١٨ لسنة ١٩٥٧ فى ١٨—٣—١٩٥٧ والقضية رقم ٦١ لسنة ١٩٥٧ فى ١٧—٦—١٩٥٧ ، ورقم ٧٨ لسنة ١٩٥٧ فى ٢٤—٦—١٩٥٧ ورقم ٦٥ لسنة ١٩٥٨ فى ١٦—٦—١٩٥٨ ورقم ٤١ لسنة ١٩٥٨ فى ٢٣—٦—١٩٥٨ . وانظر أيضا محكمة الجيزة الابتدائية فى القضية رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٥٦ كلى لغير المسلمين فى ١١—١٢—١٩٥٦ ، وكذلك القضية رقم ٦ لسنة ١٩٥٧ كلى لغير المسلمين فى ٢٢—١—١٩٥٧ (وهى أحكام غير منشورة كذلك) . وانظر كذلك نفس المحكمة فى الأحكام المشار إليها فى الهامش السابق .

بالكتاب المقدس ، وإنما يدخل فى اعتباره أيضا ما استقر من أحكام جرى عليها العمل فى مجالسهم الملية من قبل، مهتدين فى ذلك بآراء رجال الفقه والرؤساء الروحانيين وما أقره رجال الكنيسة على مر العصور من أحكام .

وقد اتجه القضاء الى التوسع فيما يعتبر شريعة عند غير المسلمين سواء من المسيحيين أم من اليهود (١) .

٣٨ - تأييد الاتجاه الثانى - التوسع فى النظر الى مايعتبر شريعة عند غير المسلمين : وإذا كان تحديد ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين قد أثار الخلاف على النحو السابق ، فان مما لا شك فيه الآن أن الاتجاه السائد ، سواء فى الفقه أو فى القضاء ، يميل نحو التوسع فى النظر إلى ما يعتبر شريعة عندهم .

---

(١) فقد جاء فى حكم لمحكمة الاسكندرية فى ١٢ فبراير ١٩٥٧ ، فى القضية ١ لسنة ١٩٥٦ كلى (صالح حنفى ، جزء ٢ رقم ٦٥٥ ص ٤٩٨) أن « أحكام الشريعة الاسرائيلية وإن كانت قد وردت فى التوراة على موسى الكليم ، إلا أنه تلا ذلك اجتهاد الاحبار الذين صنفوا كتاب التلمود ، وهو تفسير للتوراة ، وقد عرف هؤلاء الأحبار باسم (تنائيم) كما عرف كتابهم باسم (ميشنا) ، أى الكتاب الثانى بعد التوراة . وتلا ذلك اجتهاد الأحبار الذين عرفوا باسم (آموراثيم) أى المترجون ، لأن مهمتهم كانت قاصرة على نشر (المشنا) حيث تم تأليف التلمود بحالته الحاضرة الشامل لكل أحكام الشريعة الموسوية من فقه ودين وعبادات ومعاملات ، وتلا ذلك أيضاً اجتهاد فقهاء الشريعة أمثال سعد الفيومى الذى ترجم التوراة إلى العربية وصنف بالعربية فى العبادات والمعاملات ، ومثل العالم موسى بن ميمون واضع كتاب البر والتوبة فى الدين وفروعه ، والأستاذ يوسف بن أفرايم كارو مؤلف كتاب المائدة المصفوفة الذى حوى كل التفسيرات عن المشاكل التى قامت بين علماء الشريعة ، ثم قام الأستاذ م . حاى بن شمعون ووضع كتاب الأحوال الشخصية للاسرائيليين شاملا لكل أحوال الشريعة الموسوية ، مسترشدا فى ذلك بالتوراة وبأقوال من سبقه من الأحبار والفقهاء ، فجاء تقنينه لتلك الأحكام شاملا جامعاً » .

ولكى نبين إلى أى مدى يجب السير فى هذا الاتجاه نحو التوسع فيما يعتبر شريعة عند غير المسلمين ، يتعين علينا أن نعرف أولا حقيقة قصد المشرع نفسه فى هذا الصدد عندما أحال إلى تطبيق شريعتهم ، كما يتعين أن نعرف حقيقة مدلول اصطلاح «شريعتهم» التى تصدر الأحكام فى أحوالهم الشخصية طبقا لها ، كما يتعين أخيرا أن نعرف حقيقة شرائعهم التى تعرضت لها الكتب السماوية وبصفة خاصة مدى تعرض الانجيل بالتنظيم لعلاقات الأفراد . هذه هى الأمور التى ينبغى أن نوضحها حتى يتبين لنا سلامة الأخذ بالاتجاه الثانى والتوسع فى النظر إلى ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين :

١ — لا جدال أولا فى أن المشرع عندما نص فى المادة السادسة من القانون ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥ على أن تصدر الاحكام فى مسائل الاحوال الشخصية طبقاً « لشريعتهم » لم يقصد بذلك أن تكون شريعتهم قد صدر بها قانون ، أو أن تكون مدونة فى نصوص كباقى التشريعات التى تصدرها السلطة المختصة التى لها هذا الحق فى البلاد . ولكن المشرع حينما ألغى جهات القضاء الملى لم يكن من الميسور عليه فى نفس الوقت أن يوجد القواعد الواجبة التطبيق فى مسائل الاحوال الشخصية أو أن يدونها فى نصوص يصدر بها تشريع من السلطة المختصة ، ولكنه اكتفى بالتخلص من تعدد جهات القضاء ، تاركا الوضع على ما كان عليه بالنسبة للأحكام الموضوعية التى يتعين على المحاكم تطبيقها . وأحال إلى الشرائع الدينية للأفراد فى كل ما يتعلق بأحوالهم الشخصية ، وذلك «حتى لا يكون هناك أى إخلال بحق أى فريق من المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، فى تطبيق شريعة كل منهم »[1] . ومعنى ذلك أن المشرع قد ترك الحال على ما كان عليه من

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥

قبل ، فيما يتعلق بالأحكام الواجبة التطبيق فى منازعات غير المسلمين ، أى أنه لكى يعرف ما هى القواعد الواجبة التطبيق ، أو بمعنى آخر ما هى شريعة غير المسلمين الواجبة التطبيق . أوما هى المصادر التى يمكن الرجوع إليها لحل منازعات الأحوال الشخصية الخاصة بهم ، يجب الرجوع إلى شريعة كل منهم التى كانت تطبق أمام جهات قضائهم الملى . وإذا ما رجعنا إلى تلك الشريعة لرأينا أنها لم تكن تقتصر على ما جاء فى الكتب السماوية . ومن هذا يتبين لنا قصد المشرع . فحقيقة الأمر أنه أراد أن تبقى الأمور على ما كانت عليه قبل إلغاء جهات القضاء الملى . واحترام الوضع السابق يوجب أن ننظر الى ما يعتبر شريعة عندهم ، كما كانوا هم أنفسهم ينظرون إليها قبل انتقال ولاية القضاء من أيدى جهات القضاء الملى إلى القضاء العادى . هذه هى الحقيقة الأولى التى يجب إبرازها [1] .

٢ ـ أما عن الحقيقة الثانية ، وهى بيان مدلول اصطلاح « شريعتهم » فان الوقوف بهذا الاصطلاح على ما جاءت به الكتب السماوية فقط يعتبر تخصيصا له بدون مبرر . إذ من المسلم به أن لفظ « شريعة » إذا أطلق ، فانه لا ينصرف فقط إلى القواعد التى جاءت فى الكتب المنزلة ، بل انه يشمل إلى جانب ذلك مصادر أخرى . وهذا ما يفهم مثلا من مدلول « الشريعة الاسلامية » ؛ فالى جانب المصدر الأول وهو القرآن ، توجد أيضا مصادر أخرى وهى السنة القولية أو الفعلية وما استقر عليه جماعة المسلمين فى تصرفاتهم وما جرى العرف على

(١) ولعل مما يبرز حقيقة قصد المشرع فى هذا الصدد ، وبيانه لما يعتبر شريعة عند غير المسلمين وأنه لم يكن قاصراً على ماجاء بالكتب السماوية ، ماجاء فى المذكرة الايضاحية لقانون ٤٦٢ من أن القواعد الموضوعية التى كانت تطبقها أكثرية المجالس الملية فيما يطرح عليها من الأقضية كانت غير مدونة ، ولم يكن من اليسير أن يهتدى إليها عامة المتقاضين ، بل كانت مبعثرة فى مظانها بين متون الكتب السماوية وشروح وتأويلات لبعض المجتهدين من رجال الكهنوت . »

العمل به وتواتر الناس على اتباعه [1]. ولا جدال فى أن ما يعتبر مصدراً فى أية شريعة أخرى بصفة عامة لايعدو أن يكون كذلك. فالى جانب الكتب السماوية وسنة الرسل المستمدة من أقوالهم وأفعالهم ، ينظر كذلك إلى ما أجمع عليه أبناء الديانة ، وما جرت به تقاليدهم ، وماقال به فقهاؤهم والقائمون على الأمر فيهم . هذا هو ما ينصرف إليه لفظ « شريعة » بصفة عامة [2].

ولما كانت المادة ٦ من القانون ٤٦٢ قد جاءت تقرر تطبيق « شريعة » غير المسلمين دون تخصيص لهذه الشريعة ، فان صياغة المادة تقضى ألا تقتصر فى النظر إلى مايعتبر شريعة عند غير المسلمين على ما جاء فى الكتب السماوية وحدها، ونهدرماأقره رجال الدين فىفتاواهم الروحية ومجالسهمالدينية والقضائية، والتى صارت عرفا مستقراً استمد قوته من تطبيقه زمنا طويلا . فلا يصح أن نهدر ماجرى عليه العمل وما أفتى به رجال الدين وما استقرت عليه تقاليد غير المسلمين ؛ فتقاليدهم هىجزء منشريعتهم التى أشارت إليها المادة٦سالفة الذكر ، ويجب النظر فى هذه الفتاوى بعين الاعتبار ، مسايرة للشارع المصرى فى صياغته

---

(١) ومصادر الفقه الاسلامى تنقسم إلى قسمين : مصادر أصلية ومصادر تبعية . والمصادر الأصلية هى القرآن والسنة . أما المصادر التبعية فهى كثيرة ، منها ما هو متفقعليه أوعلى الأقل ذهب إليه غالبية الفقهاء ، وذلك كالاجماع والقياس ، ومنها ماهومختلف فيه . وهذا النوعمن المصادر كثير متنوع ، منها الاستصلاح أو المصالح المرسلة ، والاستحسان ، والعرف .(أنظر فى هذا : المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ، للأستاذ محمد مصطفى شلبى ، الطبعة الأولى١٩٥٦ ص ٩٤ وما بعدها ؛ وانظر أيضاً صفوة الكلام فى أصول الأحكام للاستاذ مصطفى خفاجى ، الطبعة ٣ سنة ١٩٤٧ ص ١٢٣ وما بعدها) .

وانظر كذلك الأستاذ بدران أبو العينين بدران ، أصول الفقه ، طبعة ١ سنة ١٩٦٢ ص ١٦٨ وما بعدها .

(٢) أنظر حلمى بطرس : المرجع السابق ، ص ٧٢ — ٧٣

المادة السادسة [١].

هذه هى الحقيقة الثانية التى يجب إبرازها ، وهى أن لفظ « شريعتهم » لفظ عام غير مقصور الدلالة على ما جاء فى الكتب السماوية وحدها ، بل ينصرف إلى كل ما يعتبر « شريعة » ، حسبما ينصرف إليه هذا اللفظ عند إطلاقه .

٣ ـ أما عن الأمر الثالث الذى ينبغى أن نشير إليه فى هذا الصدد ، فهو أنه بالنسبة للمسيحيين لا توجد قواعد مفصلة فى الانجيل . وإذا كانت الكتب السماوية الأخرى قد جاءت مبينة لأحكام العبادات والمعاملات ، إلا أن الانجيل لم يكن هكذا، وكل ما تعرض له من أمور الدنيا هو ما جاء بصدد الزواج والطلاق ، أما غير ذلك من مسائل ، فلم يتعرض له . ولعل السر فى ذلك يرجع إلى الظروف التى ظهرت فيها الديانة المسيحية . فقد ظهرت فى وقت لم تكن الحاجة ماسة فيه إلى مزيد من القوانين والأحكام الدينية ، إذ كان هناك القانون الرومانى والشريعة اليهودية ، وقد عنى كل منهما بتنظيم الأمور الدينية وعلاقات الأفراد فيما بينهم ، فلم تكن الحاجة ماسة إلى تنظيم علاقات الأفراد أو الأمور الدينية بصفة عامة ، بل إن الحاجة كانت ماسة آنذاك إلى شريعة تخاطب النفوس

---

(١) أنظر فى هذا : حكم محكمة الجيزة الابتدائية للأحوال الشخصية فى القضية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٦ (كلى لغير المسلمين) بتاريخ ١٩٥٧/١٠/٢٩ ، وفى القضية رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ فى ١٩٥٨/٣/٢٠ ، وكذلك فى القضية رقم ٣١ لسنة ١٩٥٨ فى ١٩٥٨/٤/١٥ وكلها أحكام غير منشورة . وانظر حكما من محكمة الاسكندرية الابتدائية فى ١٩٥٨/٦/١٧ قضية رقم ٣ لسنة ١٩٥٨ فى المرجع جزء ٢ لصالح حنفى رقم ٦٩٧ س ٥٢٢ ، وقد جاء فيه « قصد المشرع من تطبيق شريعة غير المسلمين هو الشريعة الدينية الواردة فى الكتب السماوية وتبريرات وتأويلات واجتهاد الهيئات الدينية والرؤساء الروحيين ، والتقاليد الدينية التى بلغت العرف الملزم ، أى الشريعة بمعناها العام » . وانظر كذلك استئناف القاهرة فى ١٩٥٨/١٠/١٥ قضية ١٢٥ س ٧٤ ق و٣٧ س ٧٥ ق ، أشار إليهما رفعت خفاجى ورابح لطفى ، السابق ص ٢٠٢ـ٢٠٣ رقم ١٨ و ١٩ .

والضمائر وتهذيبها بالعبادات والدعوة إلى الروحانيات وترك الماديات . وهذا هو ما جاءت به المسيحية ، فتركت مشاكل الأرض لأهل الأرض يضعون لها الحلول التي توافق أنظمتهم الاجتماعية وتحقق أغراض حياتهم في الزمان والمكان على أن يستهدوا في ذلك بما جاءت به من مبادىء مثالية .

ثم إنه يراعى أن الانجيل نفسه يقرر أن هناك قواعد كثيرة لم تردفيه حيث يقول : « وآيات أخر كثيرة صنع يسوع قدام تلاميذه لم تكتب في هذا الكتاب »[1] ، كما أورد يوحنا في ختام انجيله أن هناك « أشياء أخر كثيرة صنعها يسوع إن كتبت واحدة واحدة فلست أظن أن العالم نفسه يسع الكتب المكتوبة » . وفي هذا دليل قاطع على أن الشريعة المسيحية ليست كل ما جاء بالانجيل ، بل لا بد من النظر إلى ما صنعه المسيح ونقله أتباعه إلى المسيحيين .

كما أشار الانجيل كذلك إلى أنه لم يجىء لينقض ما كان قبله . بل إنه أحال الى التوراة حيث يقول : « لا تظنوا أني جئت لأنقض الناموس أو الأنبياء ـ ماجئت لأنقض ، بل لأكمل[2] . »وليس أدل على أن المسيح ترك أمور الدنيا لكي ينظمها أولو الأمر من قوله ، حينما قال له واحد من الجمع « يامعلم : قل لأخي أن يقاسمني الميراث » ، فقال له المسيح : « ياإنسان من أقامني عليكما قاضياً أو مقسماً »[3] .

ومن هذا تتبين لنا الحقيقة الثالثة ، وهي أن الانجيل لم ينظم علاقات الافراد فيما بينهم بل إنه اتجه بصفة أساسية الى الجانب الروحي ، اللهم إلا ما تعلق بالزواج

(١) انجيل يوحنا ، الاصحاح العشرون ، الآية ٣٠ .

(٢) انجيل متى ، الاصحاح الخامس ، الاية ١٧ .

(٣) انجيل لوقا ، الإصحاح الثاني عشر ، الايتان ١٣ و ١٤ .

والطلاق . وقد جاءت قواعده عامة مجملة غير مفصلة ، ولذلك كان من المتعين الأخذ بما أقره الروحانيون وما وصلوا اليه من تفسير وتفصيل لما أجملته القواعد. ثم ان القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية، والتى أشير اليها فى الكتب السماوية لم تجيء كافية وافية ، لدرجة أنها لن تسعف القاضى إذا ماعرض عليه نزاع .ولذلك لابد له من أن يلجأ إلى ماقال به رجال الدين ، وما تواتر عليه العمل فصار عرفا التزمت به محاكمتهم الطائفية قبل إلغائها [1] .

هذه هى الحقائق التى يتعين علينا إبرازها . وخلاصة الأمر أننا نرى التوسع فى النظر إلى مايعتبر شريعة عند غير المسلمين . فلا يقتصر الأمر على ما جاء بالكتب السماوية ، بل انه ينبغى النظر بعين الاعتبار إلى المصادر الأخرى [2]

---

(١) أنظر أيضاً : محكمة الجيزة الابتدائية للأحوال الشخصية فى القضية رقم ٣٠ لسنة ١٩٠٧ فى ١٩٥٧/٦/٢٠ . هذا وقد نصت المادة ١٦ من قواعد الاجراءات التى كان معمولا بها أمام محاكم الروم الأرثوذكس على أن تقضى محاكم الكرسى البطريركى الكنسية طبقا للنصوص الواردة فى .. وكذا حسب العرف الجارى تطبيقه من مدة طويلة ، وبصفة مستمرة وواحدة ، وطبقا للقرارات البطريركية التى يصدرها المجمع المقدس ويكون لها قوة التشريع ، ولجميع الأحكام الكنسية الأخرى » .

(٢) أنظر هذا الاتجاه فى: إيهاب اسماعيل ، المرجع السابق ، ص ٣٦ وما بعدها ، وكذلك رسالته عن انحلال الزواج فى شريعة الأقباط الأرثوذكس ، القاهرة ١٩٥٩ ص ٥٠ وما بعدها ، وكذلك صالح حنفى ، المرجع ، ص ٢٥٨ — ٢٦٠ . وقد اتجه الفقه الحديث فى دراسة الأحوال الشخصية لغير المسلمين — إلى جانب الاتجاه السائد قضاء فى الوقت الحاضر — إلى إقرار هذا النظر : أنظر فى هذا أيضا : أحمد سلامة ، الطبعة الثانية ١٩٦٢ بند ٧٨ وخاصة ص ١٤٧ — ١٥٠ . وكذلك جميل الشرقاوى (١٩٥٩—١٩٦٠) ص ٥٧ وما بعدها . وعبد الودود يحيى ، الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، ١٩٦٠ ص ٤٥ رقم ٢٩ .

وهذا هو مايتجه إليه المشروع الموحد للأحوال الشخصية لغير المسلمين ، فهو يبيح التطليق لغير علة الزنا وبذلك ، يعتبر أنه يقر التوسع فى النظر إلى ما يعتبر شريعة عندهم ، فلا يقفه لدى ما جاء فى الكتاب المقدس ، بل يتجاوزه إلى المصادر الأخرى .

٣٨ مكرر ـ تمييز مصادر الاحوال الشخصية عن الأحوال العينية :

على أنه يتعين قبل نعرض لمصادر الأحوال الشخصية لدى كل من المسيحيين واليهود ، أن نلفت النظر إلى ناحية هامة كثيرا ما أثارت اللبس فى أذهان البعض ، وبصفة خاصة فى بعض أحكام المحاكم. فقد حاولت بعض المحاكم أن تقيس مصادر الأحوال الشخصية على ماجاء فى المادة الأولى من القانون المدنى بالنسبة للأحوال العينية ، وتقرر أنه عند عدم وجود النص التشريعى يحكم القاضى بحسب العرف[1] ...ذلك أن تحديد المصادر التى أوردتها المادة الأولى إنما يسرى فى نطاق الأحوال العينية . وفى هذا النطاق يعتبر التشريع مصدراً أصليا ، فان لم يوجد نص تشريعى يلجأ إلى المصادر الاحتياطية وهى العرف ثم مبادىء الشريعة الاسلامية ، ثم بعد ذلك يطبق القاضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة . أما فى مجال الأحوال الشخصية فان الأمر يختلف . ذلك أنه إذا وجد تشريع فى هذا المجال طبق أولا ، باعتبار أن التشريع مصدر أصلى عام فى نطاق الأحوال الشخصية والأحوال العينية على حد سواء . فاذا لم يوجد نص تشريعى لمسألة من مسائل الأحوال الشخصية ، فاننا لانطبق المصادر الاحتياطية فى المادة الاولى من القانون المدنى ، بل نطبق الدين بصفة عامة ـ الشريعة الاسلامية ، أو المسيحية ، أواليهودية ـ باعتباره مصدرا أصليا خاصا فى هذا النطاق ، نطاق الأحوال الشخصية ، على التحديد الذى انتهينا اليه . ففى هذا المجال يعتبر الدين مصدراً أصليا ، وهو مصدر رسمى .

وفى هذا النطاق أيضا يعد الدين مصدرا متكاملا ، فينظر اليه نظرة متوسعة، على نحو ماقدمنا ، بالنسبة لغير المسلمين . وبعبارة أخرى لاينبغى أن نصرف

---

(١) أنظر حكم محكمة الجيزة رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٧ فى ١٩٥٧/٦/٢٠ (غيرمنشور)

الدين ـ كمصدر من مصادر القانون فى نطـاق الاحوال الشخصية ـ إلى ماجاء بالـكتاب المقدس وحده ، بل ينبغى أن يدخل فى الاعتبار كذلك كافة المصادر الاخرى، على التفصيل الذى سنحدده بالنسبة للمسيحيين ، وبالنسبة لليهود .وهذه المصادر يكمل بعضها بعضا ، دون ترتيبها إلى مصادر أصلية ومصادر احتياطيـة عل غرار المادة الاولى من القانون المدنى ، ودون الرجوع بعد ذلك إلى المصادر الاحتياطية فى المادة الاولى ، وهى العرف ، ومبادىء الشريعـة الاسلاميـة ، ومبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

وسنعرض فيما يلى للمصادر التى تستمد منها شريعة غير المسلمين من المصريين بصفة عامة . فنعرض أولا لمصادر الشريعة المسيحية ، أو ما يعتبر شريعة عنـد المسيحيين ، ثم نعرض بعد ذلك لمصادر الشريعة اليهودية ، أو ما يعتبر شريعـة عند اليهود .

أولا : ما يعتبر شريعة عند المسيحيين (مصادر الشريعة المسيحية) :

٣٩ ـ تمهيـد : تتنوع أحكام القانون الـكنسى فى العالم المسيحى ، وان كان يمكن ردها إلى قسمين رئيسيين أو مذهبين رئيسيين ، المذهب الشرقى ، والمذهب الغربى ، فهناك القانون الكنسى الشرقى ، وهناك القانون الكنسى الغربى . وإذا كان القانون الكنسى بصفة عامة يستمد مصادره من الـكتاب المقدس ، كما أن هناك بعض القواعد الـكنسيه القديمة التى ترجع إلى القرن الرابع الميـلادى وتكون أصلا مشتركا أو مصدراً أخذ عنه القانون الـكنسى فى كل مكان . إلا أن انفصال الكنائس الشرقية بصفة عامة ، ومن بينها الـكنيسة المصرية كذلك ، كان من نتيجته أن تكون قانون كنسى مستقل متميز فى الشرق والغرب .وذلك نظراً للظروف التى وجد فيها ، وتنوع البيئات التى تكون فى رحابها . والعوامل الأخرى التى أثرت فى تكوينه . ومن هنا نشأ فقه مسيحى شرقى وفقه مسيحى

غربى ، أو قانونى كنسى شرقى وقانون كنسى غربى . وقد ازداد الخلاف بين كل من القانون الكنسى الشرقى والغربى على مر القرون ، نظراً للظروف المختلفة التى أثرت فى كل منهما . وهذا رغم اشتراكهما فى كثير من القواعد والمصادر ، خاصة فى القرون الأولى .

وقد انتهى الأمر فى الغرب إلى وضع المجموعة الكنسية Codex juris canonici فى سنة ١٩١٧ على نمط المجموعات الحديثة ، وهذه المجموعة الكنسية متأثرة إلى حد كبير بالقانون الرومانى .

وفى الشرق نجد أن القانون الكنسى قد تأثر بالبيئة التى وجد فيها ؛ فتأثر بصفة عامة بالقانون البيزنطى الذى كان مطبقا فى الامبراطورية الرومانية الشرقية ، وأخذ عنه الكثير من الأحكام وخاصة ما تعلق بالطلاق ، كما تأثر كذلك بالشريعة الاسلامية وخاصة فى البلاد التى خضعت للحكم الاسلامى ، وقد روعيت ظروف البيئة التى نما فيها الفقه الشرقى بالنسبة للكاثوليك الشرقيين عندما وضع لهم تقنين خاص بهم ينظم مسائل الزواج بالارادة الرسولية الصادرة سنة ١٩٤٩ ، وإن كانت القواعد التى وضعت فى هذا الشأن لم تخرج كثيراً عما وضع بالنسبة للغربيين فى سنة ١٩١٧ . ومن وقت إلى آخر يعلن بابا روما صراحة أن بعض القرارات الرسولية تطبق فى الشرق كما تطبق فى الغرب . ومثل هذه القرارات تشبه إلى حد ما القواعد التى وضعت فى المسيحية حتى القرن الرابع ، وأخذ بها العالم المسيحى جميعه من حيث عموميتها على كافة المسيحيين ، مع مراعاة أن الكنائس المنفصلة عن روما والتى خرجت عليها بسبب الخلافات المتصلة بالعقيدة لاتخضع بطبيعة الحال لمثل تلك القرارات البابوية [1] .

---

(١) أنظر فى هذا : Traité de Droit Canonique. t'l. no 20, P. 20 ، وهو منشور باشراف "Raoul Naz" فى سنة ١٩٤٨ — وسنشير إليه دائما تحت هذا الاسم : « ناز »

ولما كانت دراستنا خاصة بالطوائف المسيحية الموجودة فى مصر ، فإننا لن نتعرض فيها القانون الكنسى الغربى ، اللهم إلا بالقدر الذى يتصل فيه هذا القانون بالقانون الكنسى الشرقى وخاصة فى صلته بالقواعد المتعلقة بالطوائف الكاثوليكية التى وضعت — كما قدمنا — على نمط التقنين الغربى . على أنه إذا كانت الأحكام الخاصة بالطوائف المسيحية الآن متعددة فانه ينبغى أن يراعى أن الأسس الأولى التى قام عليها القانون الكنسى بصفة عامة ترجع كلها إلى أصل واحد . وسنحاول فيما يلى أن نبين العناصر التى يتكون منها القانون الكنسى أو مصادر القانون الكنسى بصفة عامة ، ثم نبين بعد ذلك ما انتهى إليه الأمر بالنسبة للطوائف المسيحية التى وجدت فى مصر قبل إلغاء المجالس الملية ؛ وما هى شرائعهم الطائفية التى كانت مطبقة حتى ذلك الحين .

٤٠ — **(أ) العناصر التى يتكون منها القانون الكنسى : مصادر القانون الكنسى — المصادر العامة** : — (١) — **الكتاب المقدس** : لاجدال فى أن أول مصدر للقانون الكنسى هو الكتاب المقدس ، العهد الجديد (الانجيل) والعهد القديم (التوراة). ويحتوى العهد الجديد على أربعة أناجيل هى انجيل متى وانجيل مرقس وانجيل لوقا وانجيل يوحنا . ويضع الانجيل كثيراً من المبادىء التى تعتبر أساسا للقانون الكنسى ، ومن هذه المبادىء ما يتعلق بالزواج والطلاق ، وهى المسألة الوحيدة التى تعرض لها الانجيل وتتصل بعلاقات الأفراد فيما بينهم ، مما جعلها بذلك ترتفع إلى مرتبة النظام الدينى . ومن ذلك مثلا ماجاء فى انجيل متى [1] ، حينما جاء الفريسيون وقالوا للمسيح «هل يحل للرجل أن يطلق امرأته لكل سبب . فأجاب وقال لهم أما قرأتم أن الذى خلق من البدء خلقهما ذكرا وأنثى . وقال من أجل هذا يترك

(١) الاصحاح التاسع عشر الايات ٣ وما بعدها .

الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسداً واحدا. إذا ليسا بعد اثنين بل جسد واحد. فالذى جمعه الله لا يفرقه إنسان. وقالوا له: فلماذا أوصى موسى أن يعطى كتاب طلاق فتطلق قال لهم: إن موسى من أجل قساوة قلوبكم أذن لكم أن تطلقوا نساءكم. ولكن من البدء لم يكن هكذا ..»، وغير ذلك من الآيات التى تتعلق بالزواج والطلاق مما سنعرض له فى حينه [١].

ويلحق بالانجيل رسائل الرسل، فقد ورد بها أحكام وتوضيح لبعض المسائل [٢].

أما عن العهد القديم (التوراة) فإنه إذا كان يعتبر مصدرا الى جانب الانجيل، لأنهما مرتبطان ولأن العهد القديم رمز وتوطئة للانجيل، إلا أنه لا يعمل بكل ماجاء به من أحكام. فهناك ما نسخه العهد الجديد، وهناك ماهو خاص بالاسرائيليين فقط. وإذا كان يعمل بالعهد القديم فانه لا يعمل به إلا فى الحدود التى لا يتعارض فيها مع ماجاء بالانجيل. ولم تخل المجموعات التى وضعت فى الفقه المسيحى من الأخذ بكثير من القواعد التى جاءت فى التوراة، وإن كان لم يؤخذ بتلك القواعد بصفة مستقلة إلا فى وقت متأخر [٣].

---

(١) أنظر مثلا انجيل متى، الاصحاح الخامس، الايات ٣١-٣٢ والاصحاح التاسع عشر الاية ٩، وانجيل لوقا، الاصحاح السادس عشر، الاية ١٨ وانجيل مرقس، الاصحاح العاشر، الايات ١١ — ١٢.

(٢) أنظر: «ناز» المرجع السابق، جزء أول، فقرة ٢٠؛ أنظر أيضا الأحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية للقاضيين محمد نمر، وألفى بقطر (الطبعة الأولى ١٩٥٧)، ص ٨٠-٨٣، وقد أشار المؤلفان إلى رسائل القديسين وما جاء بها من أحكام خاصة بالأحوال الشخصية بصفة خاصة فى هوامش الصفحات المذكورة — وانظر مثلا: رسالة بولس الأولى إلى أهل كورنثوس، الاصحاح السابع، الايات ٢ ومابعدها، ورسالته إلى أهل أفسس، الاصحاح الخامس، الايات ٢٢ وما بعدها.

(٣) «ناز»: المرجع السابق، فقرة ٢١، وأنظر أيضا ما أشير إليه فى صدر كتاب ابن العسال من أن من بين المصادر التى استمد منها يوجد العهد القديم، نفس المرجع السابق فقرة ٥٥ ص ٤٩.

هذا هو المصدر الأول ، وهو الكتاب المقدس بعهديه القديم والجديد ، وما الحق بهذا الأخير من رسائل الرسل .

(٢) **الكتابات المنوبة الى الرسل** : أما عن المصدر الثانى من مصادر الفقه الكنسى فهو الكتابات المنسوبة إلى الرسل. ذلك أنه لما اتسع التنظيم المسيحى وجد أن ما جاء بالعهد الجديد من مسائل قانونية غير كاف ، ولهذا رأى البعض وملئها بكتابات نسبوها إلى الرسل،أو تعتبر على الأقل انعكاسا مباشرا لتعاليمهم . هذه الكتابات تعد تعبيرا صادقا عن الحياة الدينية للزمان والمكان الذى وضعت فيه . كما تعد المصدر الأول للفقه المسيحى بعد الكتاب المقدس. وأقدم الكتابات فى هذا الصدد كتاب(La Didaché)أومذهب الاثنى عشر رسولا، وقد وضع فى القرن الثانى[1]، ثم الدسقولية(La Didascalie)أو تعاليم الرسل وضعت فى القرن الثالث [2]. وهناك أيضا مايسمى بالمرسوم الكنسى المصرى L'Ordonnance ecclésiastique égyptienne والذى يشبهه الكتاب الحديثون بسنة الرسل، كتبها «هيبوليت»Hippoiyte فى حوالى سنة ٢١٨ [3]. وهناك أخيرا القوانين الكنسية الثلاثين فى القرن الثالث والرابع ،وكذلك القوانين

= هذا وقد أحال الانجيل على التوراة حيث ورد فيه : « لا تظنوا أنى جئت لانقض الناموس أو الأنبياء . ما جئت لانقض بل لأكمل » (انجيل متى : الاصحاح الخامس الاية ١٧).

(١) (ناز) المرجع السابق ، ص٢١ ، وهامش رقم ١ .

(٢) المرجع السابق ، نفس المكان ، هامش ٢ . وقدطبعت الدسقولية فى مصر سنة ١٩٤٠ باشراف حافظ داود . وقد جاء فى مقدمة الدسقولية (ص ١٠) على لسان الرسل الاثنى عشر : « وقد كنا قررنا قوانين (وهى المعروفة بقوانين الرسل) ووضعنا فى الكنيسة وهى للان . وهذا الكتاب الاخر للتعليم كتبناه وأرسلناه على يد اكليمنضس (أحد اباء الكنيسة الأول وكان معاصرا للرسل) رفيقنا الخادم إلى كل المسكونة لكى تسير كأوامرها كل كنائس المسيحيين التى تحت الشمس ... » وقد تكملت الدسقولية عن الزواج فى الباب التاسع عشر .

(٣) أنظر : (ناز) ، المرجع السابق ، ص ٢٢، هامش رقم ١ .

اللاحقة على صعود المسيح وعددها ٢٧ أو ٣٠ فى القرن الثالث والرابع [١] .

أما عن الكتابات الأخرى المنسوبة إلى الرسل فهى ليست إلا تجميعا للكتابات السابقة . ومن أهم المؤلفات الجامعة المؤلف المسمى باسم « الدساتير الرسولية » (Consitu ions apost liques) . ويرجع تاريخه الى حوالى سنة ٤٠٠ . ومن المؤلفات الجامعة كذلك «المجموعة الثمانية لاقليمنطوس» ويتضمن هذا المؤلف الكتابات المنسوبة الى الرسل [٢] . وقد أشار ابن العسال إلى هذه الكتابات فى مقدمة كتابه .

هذا هو المصدر الثانى من مصادر الفقة المسيحى فى الشرق . وهو الكتابات المنسوبة الى الرسل . وقد نقلت هذه الكتابات الى المجموعات التى وضعت فيما بعد ، فصارت بذلك جزءا من القانون الكنسى .

(٣) **قرارات المجامع الكنسية**: أما عن المصدر الثالث للقانون الكنسى فهو ما اتخذ من قرارات عن طريق المجامع التى عقدت على مر القرون وقد مارست الكنيسة سلطانها الذى خولها المسيح إياه ، حيث أعطاها سلطة القياد حتى تؤدى رسالتها . فالكنيسة تنظيم خاص وضع المسيح أساسه، وهى من وحيه ، إذ هو أول من ألقى بفكرتها إلى تلاميذه . فهو بذلك مؤسس الكنيسة ورئيسها . ولكى تبقى كأى مجتمع آخر، لا بد أن يكون فى استطاعتها القيادة حتى تؤدى رسالتها . وقد حدد المسيح سلطانها قبل المؤمنين حيث يقول لبطرس : «وأنا أقول لك أيضا أنت بطرس وعلى هذه الصخرة أبنى كنيستى وأبواب الجحيم لن تقوى عليها . وأعطيك مفاتيح ملكوت السموات . فكل ما تربطه على الأرض يكون مربوطا فى السموات

---

(١) المرجع السابق ص ٢٢ ، هامش رقم ٢ و ٣ .

(٢) المرجع السابق نفس الصفحة .

وكل ماتحله على الأرض يكون محلولا فى السموات»[١]. وبذلك تحدد للكنيسة سلطانها فى الحل والعقد بين المؤمنين ، كما أعطيت سلطة الفصل بين الأفراد والتوسط كآخر وسيلة للصلح بينهم[٢].

وإذا كانت الكنيسة قد مارست سلطانها الذى رسمه لها المسيح . إذ وضع تلاميذه قوانينهم وتعاليمهم . فانها لم تتوقف بعد ذلك عن ممارسة سلطانها واختصاصها ، فصارت تباشرها عن طريق المجامع (Conciles,) ، التى أصدرت قرارات تعتبر مصدراً يستند إليه القانون الكنسى ،[٣]

والمجامع هى اجتماعات لرجال الكنيسة بقصد استعراض بعض المشاكل والمسائل التى يختلف فيها الرأى ، وتصدر عنها قرارات تلتزم بها الكنائس المجتمعة .

وتختلف أهمية المجامع بحسب عدد وصفة من يشتركون فيها . وهى على نوعين : عامة أو مسكونية ، وخاصة أو محلية .

فالمجامع العامة أو المسكونية (Conciles Oecuméniques) هى التى يلتقى فيها أساقفة العالم المسيحى أو مندوبوهم ، وتسمى مسكونية نسبة إلى العالم

---

(١) انجيل متى : الاصحاح السادس عشر ، لآيتان ١٨ و١٩ .

(٢) وقد جاء فى انجيل متى ، الاصحاح الثامن عشر الايات ١٥ وما بعدها : « وإن أخطأ إليك أخوك فاذهب وعاتبه بينك وبينه وحدكما ان سمع منك فقد ربحت أخاك . وان لم يسمع فخذ معك أيضا واحدا أو اثنين لكى تقوم كل كلمة على فم شاهدين أو ثلاثة . وان لم يسمع منهم فقل للكنيسة . وان لم يسمع من الكنيسة فليكن عندك كالوثنى والعشار . الحق أقول لكم كل ما تربطونه على الأرض يكون مربوطا فى السماء . وكل ما تحلونه على الأرض يكون محلولا فى السماء .

(٣) فالمجامع يظهر فيها إجماع المسيحيين على أمر من الأمور الشرعية . ويقول المسيح (انجيل متى اصحاح ١٨ آيات ١٩ — ٢٠) : (.. وأقول لكم أيضا ان اتفق اثنان منكم على الأرض فى أى شىء يطلبانه فانه يكون لهما من قبل أبى الذى فى السموات . لأنه حيثما اجتمع اثنان أو ثلاثة باسمى فهناك أكون فى وسطهم) . وبذلك نرى أن الانجيل يقر إجماع المؤمنين بالمسيحية على أمر من الأمور . فهذا النص يعد أساسا يستند إليه لشرعية الاجماع .

المسيحى المسكون ، إذ أن المجامع يشترك فيها من جميع البلاد . وقد تعددت هذه المجامع المسكونية ، ووضعت فيها قواعد أخذ بها المسيحيون جميعا على اختلاف شيعهم بصفة عامة حتى القرن الرابع ، قبل أن يحدث الانقسام بينهم . وكان أول مجمع من هذه المجامع العامة هو مجمع نيقية سنة ٣٢٥ وضع فيه ٢٠ قانونا . ثم مجمع القسطنطينية سنة ٣٨١ وضع فيه أربعة قوانين مكملة لمجمع نيقية ، وتلا ذلك مجمع أفسس سنة ٤٣١ . ثم مجمع خلقيدونة سنة ٤٥١ وقد أصدر قراره بشأن طبيعة المسيح ، كما قدمنا ، كما أصدر ثلاثة قوانين خاصة بالزواج (من ١٤ إلى ١٦) ، ومنذ مجمع خلقيدونة ، كفت الكنيسة المصرية عن الاشتراك فى المجامع المسكونية . وقد تلت تلك المجامع السابقه مجامع أخرى اعتبرت عامة كذلك ولو أنه لم تشترك فيها الكنائس المنفصلة عن كنيسة روما [1] .

أما المجامع الخاصة أو المكانية (Conciles Locaux) فهى المجامع التى يعقدها أساقفة اقليم معين أو تعقد بين كنائس الاقليم ، بحسب من يدعى إليها ، وبحسب ما إذا كان من يدعى إليها من رجال الكنيسة يتبعون إقليما أو منطقة دينية واحده أو من مناطق دينية متعددة . وفى هذه الحالة الأخيرة تعتبر المجامع بطريركية إذا كان هناك بطريرك يترأس اجتماع الأساقفة .

ومن بين المجامع الشرقية ذات الأهمية الأولى فى هذا الصدد ما انعقد منها فى القرن الرابع . وقد وضعت قوانين ذات أهمية بالغة فى النظام الكنسى . وهذه المجامع : مجمع أنقرة سنة ٣٤١ وقد وضع فيه ٢٥ قانونا منها القانونان ١١ و ٢٠ خاصان بالزواج ، ومجمع قيصرية (٣١٤ — ٣٢٥) وقد ترك ١٥ قانونا من بينها القانون ٢ خاص بالزواج ، ومجمع أنطاكية ٣٤١ وكذلك مجمع عنجرا (٣٤٠—٣٧٠) ،

---

(١) : (ناز) ، السابق ، ص ٢٢ ؛ دوفيلبية ودوكليرك ، الزواج فى القانون الكنسى الشرق ، المرجع السابق ، ص ٢ .

ومجمع اللاذقية (٣٤٧ـ ٣٨١) . ومن المجامع التى اعتدت بها الطوائف الشرقية كذلك مجمع سرديك ٣٤٣ . أما المجامع المحلية التى عقدها الانفصاليون وخاصة من الأقباط والسريان ، فلا يعرف تاريخها على وجه التحديد[1].

وقد اعتبرت قرارات المجامع العامة حتى القرن الرابع من المصادر التى أخذ بها المسيحيون فى أنحاء العالم . كما دون واضعو المجموعات المسيحية فيما بعد قرارات تلك المجامع وأضافوا إليها ما استجد من قرارات أخرى تالية لتلك الآونة : مع مراعاة أن القرارات اللاحقة على الانفصال لا تظهر فى كل مجموعات الطوائف الشرقية ، وإنما تظهر بصفة خاصة فى المجموعات البيزنطية التى أخذ بها الروم الأرثوذكس ، كما أخذ الأرمن ببعض تلك القرارات اللاحقة كذلك . هذا وقد أشار ابن العسال فى مقدمة كتابه إلى المصادر التى استمد منها كتابه ومن بين تلك المصادر القوانين التى أصدرتها المجامع[2].

(٤) **المراسيم والمصادر الأخرى** : وإلى جانب المجامع التى باشرت الكنيسة نشاطها عن طريقها ، استمد القانون الكنسى كذلك مصادره من وجه آخر من أوجه نشاط رجال الدين ، وذلك مما أصدره المطارنة من تشريعات فى صورة مراسيم . وهذه المراسيم عبارة عن أوامر موجهة إلى الكهنة فى أمر من أمور الطائفة ويصدرها المطارنة بما لهم من حق فى اصدارها . وإذا كانت قرارات المجامع الكنسية قد نشطت فى القرون الخمسة الأولى ، فان المراسيم التى أصدرها رجال الدين قد ازدادت واعتبرت المصدر الرئيسى للفقه الكنسى وحلت فى غالب

---

(١) انظر فى هذا (ناز) السابق ، ص ٢٣ والهوامش .

(٢) انظر ، ٨ و ٩ .

وقد أورد محمد نمر وألفى بقطر فى مؤلفهما السابق ، أحكام الأحوال الشخصية التى جاءت فى قرارات المجامع ، راجع ص ٩٣ وما بعدها .

الأحيان محل الجامع [١].

ولم يقف الأمر عند المراسيم الصادرة عن البطاركة والمطارنة ، بل إن القانون الكنسي استمد بعض أحكامه كذلك من **مؤلفات** رجال الكنيسة ، من الآباء والرهبان ، وخاصة أنها كانت تتضمن إلى جانب المواعظ قواعد أخرى تنظيمية مثل القواعد التي أخذت عن القديس « باسيلوس » (S. Basile) في القرن الرابع وتضمنت بعض الاحكام الخاصة بالزواج [٢]. وقد استمر هذا المصدر يمد الفقه المسيحي بأحكام شرعية ، كما دونت تلك الأحكام في المجموعات الكنسية فيما بعد [٣].

هذه هي المصادر الرئيسية التي استمد منها القانون الكنسي . وقد كانت هذه المصادر هي العناصر الجوهرية التي اعتمد عليها واضعو المجموعات الكنسية حينما عمد رجال المسيحية إلى تدوين ماتناثر من أحكامها ، وأضافوا إلى ذلك ما استجد من أحكام ، سواء أكان مصدرها المجامع الكنسية أو كتابات آباء الكنيسة والرهبان ، كما استعانوا في تكملة مجموعاتهم **بالعرف والعادات** [٤] التي استقرت في بعض الجهات ، وكذلك القانون الروماني والشريعة الاسلامية .

٤١ — **التأثر بالقانون الروماني والشريعة الاسلامية** : ولعل أهم ماحدث عندما حاول واضعو المجموعات الكنسية تدوين مجموعاتهم هو التجاؤهم إلى القانون الروماني ، وخاصة القانون البيزنطي الذي كان مطبقا في الشرق ، وإلى الشريعة الاسلامية في البلاد التي فتحها العرب ، لتكملة مجموعاتهم .

---

(١) (ناز) السابق ، ص ٢٥ ، دوفيلييه ، ودوكليرك ، السابق ص ٢ .

(٢) دوفيلييه ، ودوكليرك ، السابق ، ص ٢ .

(٣) انظر في هذا (ناز) ، ص ٣٦ وما بعدها .

(٤) والعرف يعتبر مصدرا هاما من مصادر القانون الكنسي . وقد أدخلت إلى هذا القانون كثير من القواعد التي كان مصدرها العرف (انظر تفصيلا لما يتعلق بالعرف في القانون الكنسي من حيث التعريف به ، وأركانه وأنواعه ، والقاؤه في : teaité de droit canonique جزء أول باشراف naz السابق بند ١٩٠ وما بعده ص ١٤٣ .

فقد أخذ واضعو المجموعات الكنسية ـ وبصفة خاصة المجموعات الشرقية البيزنطية التى أخذ بها الروم الأرثوذكس ـ ماصدر من قوانين منظمة لشئون الكنيسة ، ومعدلة لأحكام عقد الزواج ، وضمنوها مجموعاتهم . فاعتبرت بذلك جزءا من الفقه المسيحى [١] .

وقد نقلت الطوائف الشرقية الأخرى عن القانون الرومانى ، وبصفة خاصة عن طريق كتاب بعنوان «تشريعات قسطنطين،وتيودوز،وليون : Lois de Constantin, Théodose et Léon) ، ولكن هذا الكتاب عرف باسم الكتاب «السورى الرومانى» (Livre syro - romain). وقد وضع هذا الكتاب أصلا باللغة اليونانية فى النصف الثانى من القرن الخامس ، وترجم إلى السريانية ثم إلى العربية بعد الفتح الاسلامى [٢] .

وإذا كان القانون الكنسى قد تأثر بالقانون الرومانى على النحو السابق ، فإنه قد تأثر أيضا بالشريعة الاسلامية ، إذ لجأ واضعو المجموعات المسيحية ، فى استكمالهم لها ، إلى الشريعة الاسلامية،وخاصة بعد أن حلت هذه الشريعة محل القانون الرومانى فى البلاد التى فتحها العرب ، وبعد أن ازدهر الفقه الاسلامى فى تلك البلاد . وأول أثر للشريعة الاسلامية نجده فى القرن الثامن ، فى العصر العباسى . وقد ظهر ذلك فى كتاب وضعه « يشوع بخت » (Isobokht) النسطورى ، سمى « كتاب الشرائع أو الأحكام » : (Le livre des lois ou des jugements) . وهو كتاب جامع ترجم إلى السريانية ، وضعت

---

(١) أنظر فى هذا : دوفيليه ، ودوكليرك ، السابق ، ص ٣ — ٥ ؛ ناز ، السابق ص٢٦ — ٢٨ ، وكذلك ص ٣٦ فقرة ٤٣ .

(٢) أنظر فى هذا : ناز ، السابق ص ٢٦ — ٢٧ وص ٢٩ .

فيه قرارات المجامع وبعض المجموعات السريانية القديمة ، بل وأيضا القانون السورى الرومانى والشريعة الإسلامية [١] . كما ظهر أثر الشريعة الإسلامية بعد ذلك فى كثير من المؤلفات ، ومن ذلك مثلا كتاب القوانين لابن العسال .

هذه هى المصادر التى استمد منها الفقه الكنسى بصفة عامة ، والتى رجع إليها واضعو المجموعات المسيحية فى العصور المختلفة من تاريخ المسيحية . وقد نشطت حركة التدوين بصفة خاصة منذ القرن الثانى عشر ، وبدأت المجموعات المسيحية فى الظهور ، وبصفة عامه لم تخرج ما تضمنته المجموعات الكنسية عن المصادر التى عرضنا لها فيما سبق ، مضافا إليها ما استجد من قرارات للمجامع ومراسيم للبطاركة ، مع مراعاة أن الشرق المسيحى لم يأخذ بكل قرارات المجامع المسكونية، اللهم إلا المجامع الاولى السابقة على الانفصال ، بل من الثابت أن الكنيسة المصرية والسريانية لم تأخذا بالمجمع المسكونى الرابع . ويراعى من ناحية أخرى أن المسيحيين الشرقيين لم يأخذوا بصفة عامة فى مجموعاتهم الكنسية بالمراسيم البابوية ولا بالقرارات التى اتخذتها المجامع الغربية [٢] .

هذا وقد أصبحت المجموعات التى وضعت فى الفقه المسيحى هى المرجع فى الوقوف على أحكام الشريعة المسيحية . فماذا كان مصير تلك المجموعات فى الكنائس المختلفة ، وماذا صار إليه القانون الكنسى فى الوقت الحاضر ؟ هذا ينقلنا إلى الكلام عما كانت تطبقه المجالس الملية من أحكام قبل إلغائها .

٤٢ - ب - القواعد التى كان معمولا بها لدى الطوائف المختلفة حتى الغاء المجالس الملية - (أ) المذهب الأرثوذكسى : إذا كنا قد رأينا فيما سبق ما هى المصادر المختلفة التى استمد منها القانون الكنسى أحكامه ، فان من اللازم معرفة ما صار إليه القانون الكنسى فى الوقت الحاضر بالنسبة للكنائس المختلفة ، وعلى وجه الخصوص فى مصر . وهذا يستلزم أن نفرق بين الطوائف المسيحية لكى نبين

(١) انظر فى هذا : ناز : السابق ، ص ٣٨ ، دوفيليه ، ودوكليرك ، السابق ، ص ١٢

(٢) انظر فى هذا : نلز ، السابق ، ص ٣٨ - ٣٩ .

ما صار إليه أمر القانون الكنسى لدى كل منها . ونفرق هنا بين الطوائف الأرثوذوكسية والكاثوليكية والبروتستانتية .

أما عن الطوائف الأرثوذكسية ، فقد رأينا أنها موزعة عندنا إلى أربع طوائف ، وهم الأقباط والسريان والأرمن ، ثم الروم .

الأقباط الأرثوذكس : يمكن القول بصفة عامة إن الكنيسة المصرية لم تخرج عن المصادر التى سبق لنا بيانها ، فالى جانب ما استمد من الكتاب المقدس من أحكام ، هناك قوانين الرسل وتعاليمهم ، ثم المجامع المسكونية الأولى ومجامع قرطاجة . وقد استمر القانون الكنسى بالنسبة للأقباط الأرثوذكس مبعثرا . ولعل أول تدوين لقواعده كان فى القرن الحادى عشر ، فوضعت منذ ذلك الحين مجموعات تستند بصفة عامة إلى المصادر السابقة ، وكان لها الفضل فى أنها نقلت إلينا الفقه المسيحى فى صورته الأولى . وإذا كان منها ما لم ينشر ، إلا أن واضعى المجموعات الكنسية فى القرون التالية قد رجعوا إليها فيما بعد ، إلى أن جاء القرن الثالث عشر[1] . ففى هذا القرن ، وفى عهد البطريرك كيرلس الثالث المعروف بابن لقلق ، جمعت قواعد القانون الكنسى والمعروفة باسمه حتى الوقت الحاضر[2] . ثم ألف الشيخ الصفى بن العسال الفقيه القبطى الذى كان معاصراً لابن لقلق كتابه فى القوانين فى النصف الأول من القرن الثالث عشر الميلادى (سنة ١٢٣٦) وقال فى مقدمته إن «هذا الكتاب مجموع من الكتب الالهية والقوانين البيعية ، وما فرعه العقل عليها ورده القياس اليها ، جمعا يخلو مع الاختصار من الاخلال...» . وقد ذكر بعد ذلك المصادر التى رجع اليها ، وهى

---

(١) هذا وقد وضعت فى القرن الثانى عشر مجموعات قبطية امتازت بالتنظيم والترتيب ، ولم تخرج فى مجموعها عن المصادر السابقة ، انظر فى هذا : ناز ، السابق ص ٣٨ هامش رقم ٦ وكذلك فقرة ٥٥ ص ٤٨ ، وانظر أيضا ، دوفيلييه ، ودوكليرك ، السابق ، ص ٢٢

(٢) وقد نشرت قوانين ابن لقلق فى ملحق كتاب القوانين لابن العسال (انظر طبعة ١٩٢٧ لكتاب القوانين) .

لاتخرج فى جملتها عما بيناه من قبل . كما أخذ كثيراً من أحكام الشريعة الاسلامية (المالكية والشافعية) ، وقد استند على الخصوص الى ماجاء فى مؤلف أبى اسحاق الشيرازى الذى وضع حوالى ١٠٦٠ ميلادية [١] . ويعتبر كتاب ابن العسال من أهم المراجع بالنسبة للاقباط الأرثوذكس . وقد استمر المرجع الأول [٢] فى قوانين الأحوال الشخصية لهذه الطائفة ، حتى أواخر القرن الماضى حينما طلبت وزارة الحقانية من كل الطوائف فى مصر الاجابة على بيان أحكام القوانين المسيحية فى المسائل الشرعية الخاصة بالاحوال الشخصية . وفى هذه المناسبة قام الايغومانوس فيلوثاؤس رئيس الكنيسة الكبرى المرقسية بوضع كتاب فى الأحوال الشخصية أسماه « الخلاصة القانونية » وذلك عام ١٨٩٦ . وقد عول فى كتابه هذا على كتاب القوانين لابن العسال ، وعلى كتاب القوانين الخصوصية التى صدرت فى عهد كيرلس بن لقلق [٣] .

وقد ظلت المجالس الملية تستند فى أحكامها الى ما أورده ابن العسال ، ثم الى ماجاء فى الخلاصة القانونية حتى تألفت فى سنة ١٩٣٨ لجنة من بين أعضاء المجلس الملى العام ، فوضعت هذه اللجنة بعض قواعد كان يسترشد بها إلى أن ألغيت المجالس الملية . بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وفى هذه المناسبة وضع مشروع قانون للأحوال الشخصية أقره المجمع المقدس والمجلس الملى العام ، وقدم المشروع

---

(١) دوفيليه ، ودوكليرك ، السابق ص ٢٣ ، وانظر مقدمة ابن العسال من ص ٦ الى ص ١٠ حيث أشار الى المصادر التى استند اليها فى كتابه .

(٢) وقد ظهرت مؤلفات أخرى لاحقة على كتاب ابن العسال فى القرن الثالث عشر والرابع عشر ، ولكنها لم تصل الى نفس المرتبة التى وصل اليها هذا المؤلف . ومن هذه المؤلفات اللاحقة : القوانين السارية والقوانين المنسوخة لابن الراهب ، ومصباح الظلمة لابى البركات بن كبر ... (انظر دوفيليه ، ودوكليرك ، السابق ، ص ٢٣ — ٢٤) .

(٣) انظر مقدمة « الخلاصة القانونية » .

إلى وزارة العدل ، لـكى يصدر به قانون . ولـكن مثل هذا القانون لم يصدر ، نظراً للتفكير فى توحيد قواعد الأحوال الشخصية لغير المسلمين بصفة عامة .

هذا هو الحال بالنسبة لما اعتبر شريعة عند الاقباط الارثوذكس حتى إلغاء المجالس الملية . ولما انتهى الامر إلى المحاكم العادية ، فقد رأينا ماثار من نزاع حول ما يعتبر شريعة عند هذه الطائفة . وتطبق المحاكم الآن القواعد التى أقرها المجمع المقدس والمجلس الملى العام مع الاستهداء فى كثير من الحالات بما جاء فى كتاب القوانين لابن العسال والخلاصة القانونية للايغومانوس فيلوثاؤس .

على أنه إذا كانت كل من مجموعة ١٩٣٨ ومجموعة ١٩٥٥ قد وضعت فى صورة تيسر على الباحث معرفة ما جاء بها على غرار المجموعات الحديثة ، وكانت إحداهما لاحقة على صدور الأخرى ، فقد أثير الأمر بالنسبة لتطبيق كل منهما ، خاصة وأن هناك خلافا بينهما بالنسبة لبعض الأمور التى كثيرا ما تعرض فى العمل مثل الحالات التى ينحل فيها الزواج .

ومما لاشك فيه أولا أنه ليس لاى من هاتين المجموعتين قوة التشريع ، إذ لم يصدر بهما تشريع من الدولة يلزم المحاكم بتطبيقهما ، ولهذا يثار الأمر بالنسبة لمدى التقيد بهما باعتبارهما تنظمان من مسائل الأحوال الشخصية ما يعتبر الدين فيه مصدرا أصليا . فهل يمكن القول بأن ما جاء فى أى منهما يعد ملزما باعتباره مصدرا من مصادر القانون الـكنسى بصفة عامة ؟

رأينا أن مصادر القانون الكنسى بصفة عامة هى الـكتاب المقدس وما يلحق به من رسائل الرسل ، وكذلك الـكتابات المنسوبة إلى الرسل ، وقرارات المجامع الـكنسية ، عامة كانت أو خاصة ، والمراسيم التى يصدرها رجال الدين وما جاء فى المؤلفات الدينية وكتابات آباء الـكنيسة والرهبان ، وكذلك ما استقر من عرف . ففى أى مجال يمكن إدخال هاتين المجموعتين ؟

يبدو لمن يطلع على تصدير أى من المجموعتين أن مجموعة ١٩٣٨ قد أقرها المجلس الملى العام فقط ، وأن مجموعة ١٩٥٥ قد أقرها المجمع المقدس والمجلس الملى العام . وعلى ذلك فانه ليس لمجموعة ١٩٣٨ قوة قواعد القانون الكنسى باعتبارها تشريعا كنسيا صادراً عن مجمع محلى لأنها لم تعرض على المجمع المقدس لاقرارها ، كما أنه ليس للمجلس الملى اختصاص بالتشريع بين أبناء الطائفة ، فهذا الاختصاص للمجمع المقدس . ولهذا تنعدم قوتها من هذه الناحية كمصدر ملزم [١] .

أما بالنسبة لمجموعة ١٩٥٥ فإنه يبدو لأول وهلة أنها ملزمة نظراً لاقرارها من المجمع المقدس ، وبالتالى تعتبر صادرة عن مجمع مختص ، ولها قوة قرارات المجامع المحلية المعتبرة من مصادر القانون الكنسى . ومع ذلك فان بعض الباحثين قد كشف لنا أنه على الرغم من عرضها على المجمع المقدس واقرارها منه ، إلا أن هذا المجمع لم يتخذ قراره بالموافقة عليها طبقاً للقواعد التى تنظم انعقاده ، والتى تصدق عليها فى ١٢ أغسطس ١٩٢٠ ، حيث لم توافق عليها الأغلبية المطلوبة. ولهذا فان قرار صدورها باطل ، بحيث لا يجعل لها صفة القواعد الشرعية الملزمة [٢] .

ومن هذا يتضح لنا أنه ليس لأى من المجموعتين صفة القواعد الشرعية الملزمة ، من هذه الوجهة ، فهل هناك من مرجح لإحداهما على الأخرى ، وهل يمكن اعتبارهما من المصادر التى يمكن الرجوع إليها بالنسبة لأبناء الطائفة ؟

لقد اعتمد كثير من الشراح الحديثين على مجموعة ١٩٥٥ باعتبارها أحدث من مجموعة ١٩٣٨ ، فضلا عن أن مظهرها يوحى بصدورها من جهة لها ولاية

---

(١) انظر فى هذا : إهاب اسماعيل ، رسالته ، ص ٤١ . جميل الشرقاوى ، الكتاب الأول ، فى شرح الوطنيين ١٩٥٩ — ١٩٦٠ ، المرجع السابق ص ٦٩ .

(٢) انظر فى هذا : إهاب اسماعيل رسالته السابقة ص ٤٣ وما بعدها .

شرعية فى اصدارها ؛ وهى المجمع المقدس ، مع إقرارها من المجلس الملى العام. وهذا ما جعل بعض المحاكم تطبقها [(١)] .

ومن جهة أخرى ، فإن من الأحكام الحديثة ما يتمسك بتطبيق مجموعة ١٩٣٨ دون مجموعة ١٩٥٥ باعتبار أنها قد اكتسبت قوة العرف عن طريق التطبيق منذ صدورها ، ونظراً لاتفاقها مع المصادر القديمة خاصة بالنسبة لأسباب انحلال الزواج [(٢)] كما أن من الأحكام ما ذهب إلى تطبيق كل من المجموعتين على الحوادث التى تمت فى ظلها باعتبار أن مجموعة ١٩٥٥ لا تسرى على الحوادث السابقة على صدورها [(٣)] .

على أنه إذا كان من المسلم به أنه ليست لأى من المجموعتين قوة التشريع الصادر من الدولة . فان هذا لا يعنى تجردهما من كل قوة ملزمة . ذلك أن كلا منهما تعبر عن اتجاه أبناء الطائفة فى صورة حديثة صالحة للتطبيق أمام الجهات القضائية ، وأنه لم يقصد من ورائهما إلغاء القواعد السابقة التى جاءت بها المجموعات القديمة وكتب الفقه ، ولكن كان القصد من إعدادهما التيسير والتغلب على الصعوبات التى تعترض من يفصل فى منازعاتهم ، نظراً لتشتت القواعد وصعوبة

---

(١) أنظر إشاره إهاب اسماعيل فى رسالته ص ٤٧ هامش ١ .

(٢) أنظر حكما حديثا من محكمة القاهرة الابتدائية فى القضية ١٥ لسنة ١٩٥٩ كلى فى ١٩٥٩/٦/٢٧ أشار إليه إهاب اسماعيل فى رسالته ص ٤٢ هامش ٢ ، وأنظر كذلك حكم استئناف القاهرة فى ١٩٥٧/٦/٥ رقم ٦١ س ٧٤ ق أورده صالح حنفى ، السابق، جزء ٢ رقم ٦٠٧ ص ٤٦٣ : وكذلك محكمة الجيزة الكلية رقم ٢٣٩ لسنة ١٩٥٦ كلى لغير المسلمين فى ١٩٥٦/١٢/١١ وكذلك فى القضية ١٦٢ لسنة فى ١٩٥٨/٣/٢٥ (والحكمان غير منشورين) .

(٣) انظر ماأورده فى هذا الصدد : أحمد رفعت خفاجى ، ورابح لطفى ، المرجع السابق ، ص ٢٠٤ — ٢٠٦ .

الوقوف عليها ، فكان من اللازم صياغتها فى مواد بسيطة يسهل الرجوع إليها ، مع مراعاة عدم الخروج، بصفة عامة ، عن الفقه الثابت لدى أبناء الطائفة.

ولهذا فانه يتعين التقيد بما جاء فيهما من أحكام وخاصة فى حدود صلة هذه الأحكام بالماضى ، باعتبارها امتداداً وتنظيما للمجموعات السابقة . حقاً إن هناك من الخلافات بين ما جاءت به هاتان المجموعتان وبين القواعد التى أوردتها المجموعات القديمة . كما أن هناك من الخلافات بين المجموعتين نفسيهما . ومع ذلك فاننا نرى أنه ينبغى التسليم بامكان تطبيقهما . على الأقل فى الحدود التى يتفقان فيها مع المجموعات القديمة . ولعل مجموعة ١٩٣٨ فى هذا الصدد تعد أكثر تعبيراً عن المجموعات القديمة من مجموعة ١٩٥٥ ، وخاصة فى المسائل الأساسية التى أثير حولها الخلاف ، مثل موانع الزواج وأسباب انحلاله . وهذا مما جعلنا دائما [1] نفضل إعمال القواعد الواردة فى مجموعة ١٩٣٨ إذ أنها فضلا عن قربها من المجموعات القديمة وكتب الفقه ، فانها قد اكتسبت من تكرار تطبيقها أمام المجالس الملية ومن الاعتقاد فى قوة إلزامها ماجعلها ترقى إلى مصاف القواعد العرفية المعتبرة ضمن مصادر القانون الكنسى ، وخاصة فيما لا خلاف فيه مع ما جاء بالمصادر السابقة عليها على اختلاف أنواعها [2] . أما خارج الحالات التى

---

(١) أنظر الطبعة الأولى من هذا المؤلف بند ١١٢ ص ٤٢٣ وما بعدها ، بصدد موانع ازواج ، وكذلك بند ١٦١ ص ٦٨١ ، وبند ١٦٧ ص ٧٢٢ وما بعدها ، وبند ١٦٩ ص ٧٤٢ بصدد أسباب التطليق .

(٢) والواقع أن القول بأن القواعد الواردة على هذا النحو فى مجموعة ١٩٣٨ تكون عرفا فيه تسليم بأن مصدر القاعدة هو العرف ، مع أن المصدر فى هذه الحالة فى الواقع قد يكون أحد المصادر الأخرى التى اعتبرناها مصادر للقواعد القانونية الكنسية . ثم إنه يراعى أن العرف فى هذه الحالة ، لو سلمنا بقيامه ، لا يعتبر مصدرا احتياطيا يرجع إليه إذا لم يوجد تشريع ، كما هو الشان بالنسبة لترتيب المصادر طبقا للمادة الأولى من القانون المدنى. =

تختلف فيها المجموعتان ، فان الاتفاق يكاد يكون تاما بينهما حتى من حيث الصياغة اللفظية ، مما يجعل الاشارة إلى أى منهما على حد سواء .

ولهذا فاننا إذا كنا نطبق المجموعتين على هذا النحو ، دون تفضيل ، اللهم إلا فى المسائل الخلافية التى جاءت بها مجموعة ١٩٣٨ دون ١٩٥٥ خاصةفىموانع الزواج وأسباب انحلاله ، فاننا لا نقر ما يذهب اليه القضاء من أن احداهما قد ألغت الأخرى ، أو أن لكل منهما مجالا للتطبيق من حيث الزمان [١] . فهذه المصادر يكمل بعضها البعض مع كافة المصادر الأخرى ، وبصفة خاصة ما جاء فى المجموعات الفقهية .

السريان الأرثوذكس : وضع فى الفقه السريانى مؤلفات قديمة ترجع إلى القرن الخامس . ثم وضعت بعد ذلك مجموعات أخرى ، ولعل أهم مؤلف فىالفقه السريانى هو كتاب « الهدى » (Iivre de directions) ، لابن العبرى . وهذا المؤلف يعادل مؤلف ابن العسال لدى الأقباط الأرثوذكس . وقد رجع

= بل إن العرف يعد فى مجال الأحوال الشخصية مصدراً خاصا ضمن مصادرا القانون الكنسى بصفة عامة . ولهذا لانقرما اتجهت إليه بعض الأحكام فى هذا الصدد بقولها : « إن المادة الأولى من القانون المدنى قد نصت على أنه عند عدم وجود النص التشريعى يحكم القاضى بحسب العرف ، وأن الأحكام التى كانت تطبقها المجالس الملية الصادرة سنة ١٩٣٨ تعتبر عرفا استقر وجرى عليه العمل عندأفراد طائفة الأقباط الأرثوذكس.. » (جيزة كلى رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٧ فى ١٩٥٧/٦/٢٠ وأنظر كذلك حكما للمحكمة نفسها فى ١٩٥٨/٣/٢٥ رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ ، وحكما آخر فى ١٩٥٨/٤/١٥ رقم ٣١ سنة ٥٧ — وكلها غير منشورة) . ذلك أن العرف فى مجال الأحوال الشخصية ليس مصدرا احتياطيا ، كما هو الشان بالنسبة للاحوال العينية التى تسرى بشأنها أحكام المادة الأولى من القانون المدنى؛ بل إن من الأحكام السابقة ما ذهب إلى أن ماوردفى كتب فقهاء المسيحية كابن العسال وأبن لقلق والايغومانوس فيلوثاؤس، يعد عرفا استقر عليه العمل فى المجالس الملية (أنظر حكم ١٩٥٨/٣/٢٥) . مع أن هذا غير صحيح ، لأنها كلها مصادر أصلية .

(٣) انظر الأحكام التى أشار إليها خفاجى ورابح ، السابق ص ٢٠٤ — ٢٠٦ .

فيه ابن العبرى إلى المصادر السابق لنا بيانها بصفة عامة ، كما تأثر بالفقه الاسلامى وبخاصة الغزالى . ويعد هذا الكتاب المرجع الرئيسى فى الفقه السريانى بصفة عامة [١] .

ويراعى أن طائفة السريان فى مصر قليلة العدد ، والظاهر أنهم كانوا تابعين للقضاء الملى للأقباط الأرثوذكس ، ولم يستقلوا بقضاء خاص لهم إلا منذ سنة ١٩١٣ بعد موافقة بطريرك الأقباط . وقد طبع قانون الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس سنة ١٩٢٩ بالقدس . والقواعد الخاصة بهم لا تختلف كثيراً عن القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس [٢] . وهى فى معظمها تكاد تكون منقولة عما جاء فى الخلاصة القانونية ، مع تنسيقها فى مواد ، على غرار المجموت الحديثة .

وقد تكلم قانون السريان عن الزواج الشرعى فى باب أول ، فعرض للخطبة ، وموانع الخطبة والزواج ، وكيفية الخطبة ، والجهاز والمهر ، والعرس وعقد الاكليل ، وواجبات الزوجين . وفى الباب الثانى تكلم عن فسخ الخطبة والزواج ، فتكلم عن فسخ الخطبة ، وحكم الفاسخين . وفسخ الزواج وأسبابه ، ثم ما يترتب على الفسخ وحكم المهر والجهاز والحضانة ، ثم تكلم عن بقاء معاشرة الزوجين دون اختلاط الفراش . وفى الباب الثالث تكلم عن العدة والنفقة . وفى الباب الرابع تكلم عن شرعية البنوة والتبنى . وفى الباب الخامس تكلم فى الولاية على القاصر . وفى الباب السادس تكلم فى الوصية .

الأرمن الأرثوذكس : وضعت أول مجموعة فى الفقه الأرمنى فى القرن الثامن،

---

(١) انظر فى هذا . دوفيلييه ، ودوكليرك ، السابق ، ص ١٦ — ١٨ ؛ ناز ، السابق ، فقرة ٥٨ ص ٥٠

(٢) انظر . أحمد صفوت ، ص ٧٨ — ٨٣ .

ويعتبر مؤلف « مختار جوش » (Mechitar Gos) الذى وضع فى القرن الثانى عشر أهم مؤلف بالنسبة لطائفة الأرمن ، وعنوان مؤلفه « كتاب الأحكام القضائية » (Iivre de sentences iudiciaires) . وقد لخص هذا الكتاب وطوبق على ما كان عليه العمل ، وعمل به فيما بعد . ويعد هذا الكتاب المرجع الأساسى لدى الأرمن [1] .

وفى مصر تتبع الكنيسة الأرمنية أحكام الشريعة الاسلامية فى كل المسائل الخارجة عن الزواج والطلاق . أما بالنسبة للزواج والطلاق فتتبع القوانين الكنسية الثابتة للكنائس الشرقية . وقد وضع للأرمن الارثوذكس تقنين خاص بهم فى سنة ١٩٤٠ ، « قانون الاحوال الشخصية لطائفة الارمن الارثوذكس بالقاهرة » [2] ، وهو غير مطبوع وكانت أحكامه معمولا بها قبل إلغاء المجالس الملية . وهو ينظم الزواج وما يتصل به ، وفسخه (انحلاله) ، واجراءاته والطلاق وآثاره واثبات النسب ، والتبنى والنفقات والسلطة الابوية والحضانة .

الروم الأرثوذكس : بقيت بطريركية الاسكندرية للروم ، مثل انطاكية وأورشليم ، على صلة بالقسطنطينية فى القرون الأولى من الفتح الإسلامى ، وكانت تسمى ملكية لبقائها على الولاء لملوك الروم . وقد دونت مجموعاتها فى القرن الثانى عشر باللغة العربية ، وهى تتضمن بصفة عامة المصادر التى أشرنا إليها من قبل كما رجعت إلى الكتاب « السورى الرومانى » [3] .

---

(١) أنظر فى هذا : ناز . السابق فقرة ٤٤ ص ٣٨ ، وكذلك فقرة ٥٧ ص ٤٩ . دوفيلييه ، دوكليرك ، السابق ، ص ٢٤ — ٢٨ .

(٢) انظر ما أورده بالنسبة للارمن حكم استئناف القاهرة فى ١٧ أبريل ١٩٥٧ رقم ٤٧ س ٧٤ ق فى المرجع لصالح حنفى جزء ٢ رقم ٦٠١ ص ٤٥٩ .

(٣) انظر فى هذا . دوفيلييه ، دوكليرك ، السابق ص ٥ وما بعدها ، وانظر أيضا : ناز السابق فقرة ٤٣ ص ٣٦ — ٣٧ وفقرة ٥٣ و ٥٤ ص ٤٧ — ٤٨

هذا وقد صدر فى مصر بالنسبة لطائفة الروم الأرثوذكس لائحة الزواج والطلاق والبائنة فى ١٥ مارس ١٩٣٧ . وهذه اللائحة مكونة من ثلاثين مادة . وقد عالجت إنشاء الزواج وموانعه . ثم أسباب الطلاق ونتائجه . وقد أدخل عليها بعض التعديلات فى فبراير سنة ١٩٥٠ على ما سنرى فيما بعد . وقد كانت هذه اللائحة معمولا بها قبل إلغاء المجالس الملية .

٤٣ — (٢) **المذهب الكاثوليكى :** إذا كانت الطوائف الكاثوليكية قد تعددت على النحو الذى رأيناه فيما سبق . وكان من نتيجة تعددها أن وضعت قواعد وظهرت مجموعات خاصة للطوائف الكاثوليكية الشرقية ، إلا أن الأمر قد انتهى بوضع قواعد موحدة بالنسبة للطوائف الشرقية [1] . فقد رأى الكرسى الرسولى فى روما توحيد القواعد الخاصة بالشرقيين ؛ فشكلت لجنة لهذا الغرض، ووضعت قواعد تحكم سر الزواج للكنيسة الشرقية ، صدرت بها إرادة رسولية لقداسة البابا بيوس الثانى عشر فى سنة ١٩٤٩ . وهذه القواعد هى التى تطبق الآن فيما يتعلق بالزواج بالنسبة لجميع الطوائف الكاثوليكية فى مصر. وقد روعى فى الأحكام التى صدرت بها الإرادة الرسولية للشرقيين ، أنها قامت على نمط ما جاء به التقنين الكنسى الغربى الذى وضع فى سنة ١٩١٧ لكاثوليك الغرب ، وإن كان واضعو التقنين قد رجعوا إلى المصادر الشرقية للفقه المسيحى ، وتأثروا ببعض التقاليد التى استقرت فى الشرق [1] .

٤٤ — (٣) **المذهب البروتستانتى :** رأينا فيما سبق أن أنصار المذهب

---

(١) هذا وقد عقدت الطوائف الشرقية الكاثوليكية عدة مجامع رغبة فى تعديل قوانينها . أنظر فى هذا : ناز فقرة ٦٦ — ٦٧ ص ٥٩ — ٦٢ .

(٢) انظر فى هذا الموضوع وفى تكوين اللجنة الخاصة بوضع تقنين كنسى شرقى وما قامت به من أعمال منذ سنة ١٩٢٩ ، ناز : المرجع السابق فقرة ٦٨ ص ٦٢ — ٦٣ .

البروتستانتى فى مصر ، قد اعتبروا طائفة واحدة هى طائفة الانجيليين الوطنيين . وقد اعترف بها ، كطائفة قائمة بذاتها ، ثم عين لها وكيل فى مصر ، فى ٤ يونيه سنة ١٨٧٨ ، وشكل لها مجلس ملى له اختصاصات مثل ما للمجلس الملى العمومى للطائفة القبطية ، وصدر به أمر عال فى أول مارس سنة ١٩٠٢ .

وقد رأينا فيما سبق أن هذا المذهب لا يرى مصدرا للشريعة المسيحية غير الكتاب المقدس ، وأنه ليس للكنيسة سلطان فى إصدار تعاليم وأوامر أو قوانين يلتزم بها المسيحيون ، وأن باب الاجتهاد فى الكتاب المقدس مفتوح أمام كل مسيحى . ويتبين لنا من ذلك أنه لا يمكن القول بوجود قانون كنسى عند هذه الطائفة ، كما هو الحال بالنسبة للطوائف الاخرى التى تندرج تحت المذهبين الارثوذكسى والكاثوليكى .

وللانجيليين قانون خاص للاحوال الشخصية . وقد جاء فى مذكرة «نظارة الحقانية إلى مجلس النظار» والتى أبانت فيها الغرض من إصدار الأمر العالى فى أول مارس ١٩٠٢ ، أن أعضاء الطائفة الانجيلية الوطنيـة ليس لهم قانون للأحوال الشخصية خاص بهم ، فان أغلبهم متشيعون لكنائس غربية الأصل ، وقانون الأحوال الشخصية لأعضاء هذه الكنائس فى البلاد الأصليةمعمول على حسب جنسيتهم لاعقائدهم ، فمن الضرورى إذن أن يسن قانون للأحوال الشخصية للرعايا الوطنيين الذين بصيرورتهم انجيليين تركوا قانون الأحـوال الشخصية للطائفة التى كانوا تابعين لها أولا .

كما جاء فى المذكرة كذلك أن « قانون الأحوال الشخصية الذى صار الاتفاق عليه هو المتبع بالكنيسة المسيحية المتحدة المصرية ، ما عدا التعديلات المذكورة بعد . وهو مأخوذ من قانون الأحوال الشخصية الخاص بالطائفة

القبطية التى كان تابعا لها فى الأصل معظم متشيعى هذه الكنيسة ، ولكنه أقرب من بعض الوجوه إلى قانون الأحوال الشخصية الخاص بالمسلمين » [١].

ومن هذا يتبين لنا أن الانجيليين لم يكن لهم قانون خاص بهم، وأن أنصار هذه الطائفة فى مصر قد انسلخوا عن الطوائف المسيحيةالأخرى وخاصة الطائفة القبطية ، كما أن القانون الذى وضع لهم ليحكم أحوالهم الشخصية قد أخذ فى الأصل من قانون الأحوال الشخصية الخاص بالطائفة القبطية .

وقد ظل قانون الأحوال الشخصية الذى أقرته الحكومة المصرية فى تلك المناسبة ، ظل مطبقاً بين أفراد الطائفة الانجيلية حتى ألغيت المجالس الملية سنة ١٩٥٥ [٢] .

ثانيا مايعتبر شريعة عند اليهود :

٤٥ — (**١**) **مصادر الشريعة اليهودية بصفة عامة** : عنيت اليهودية — على خلاف المسيحية — بتنظيم أمور الدنيا إلى جانب مايتعلق بالعقيدة . والكتاب المنزل عند اليهود هو التوراة (العهد القديم : (Ancient Testament) ، وتحتوى على عدد من الاسفار [٣] ، وقد جاء فيها كثير من الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية . من ذلك مثلا ماجاء فى سفر الأحبار أو اللاويين بشأن موانع الزواج حيث نص على أنه «لايقترب إنسان إلى قريب جسده ليكشف العورة . عورة أبيك وعورة أمك لاتكشف ، إنها أمك لاتكشف عورتها . عورة امرأة

---

(١) أنظر هذه المذكرة فى : فيليب جلاد ، الجزء الخامس ص ٤٢١ وما بعدها .

(٢) أنظر هذا القانون فى فيليب جلاد ، السابق ، ص ٤٣٣ وما بعدها .

(٣) وهى سفر التكوين ، والخروج ، والاحبار أو اللاويين ، والعدد ، والتثنية ، هذا إلى جانب الاسفار الاخرى التى كتبها أنبياء بنى اسرائيل الذين خلفوا موسى ، ويشملها الكتاب المقدس فى العهد القديم .

أبيك لاتكشف ، إنها عورة أبيك . عورة أختك بنت أبيك أو بنت أمك لاتكشف عورتها . عورة ابنة ابنك أو ابنة بنتك لاتكشف عورتها ، إنها عورتك...» [١].

ومن ذلك أيضا ماجاء بشأن الطلاق [٢] ، والميراث [٣]...

فالمصدر الأول للشريعة اليهودية هو التوراة ، ولا خلاف بينهم فى ذلك .

ولكن إلى جانب التوراة يوجد التلمود . وقد اختلف اليهود حول الاخذ به كما بينا من قبل ، فقد انقسموا بشأنه إلى فريقين : فريق الربانيين الذى يؤمن به إلى جانب التوراة ، وفريق القرائين الذى لايؤمن به . وقد بينا من قبل مدى إيمان كل من الفريقين بالتلمود . فالفريق الاول يؤمن به على أنه كتاب سماوى موحى به إلى موسى ، أما القراؤن فلا يؤمنون به على أنه كتاب سماوى ، وإن كانوا ينظرون اليه على أنه كتاب فقهى ، وتفسير للتوراة . هذا هو وجه الخلاف بين الفريقين .

ويقول حاى بن شمعون فى مقدمة كتابه عن«الأحكام الشرعية فى الاحوال الشخصية للاسرائيليين » : « ولا غرو إذا قلنا أنه (التلمود) بمنزلة الكنز الثمين للامة الأسرائيلية لما اشتمل عليه من الفقه الشرعى والاحكام الدينية التى اليها المرجع الوحيد فى جميع أحكام الدين من عبادات ومعاملات » [٤].

ومن ذلك يتبين لنا أن المصدر الثانى للشريعة اليهودية هو التلمود ، مع مراعاة اختلاف القرائين والربانيين فى نظرهم إليه .

---

(١) أنظر فى هذه الموانع(سفر اللاويين) الاصحاح ١٨ الايات من ٦ إلى ١٨ .
(٢) سفرالتثنية الاصحاح ٢٤ الايات من ١ الى ٤
(٣) سفر العدد، الاصحاح ٢٧ الايات من ٨ الى ١١
(٤) ص و، ز من المقدمة .

على أنه إذا كان يمكن القول بصفة عامة بأن مصادر الشريعة اليهودية ، كأية شريعة أخرى ، هى الكتاب المنزل وسنن الأنبياء ، وما جرت عليه تقاليد الجماعة واجتهاد أولى الأمر فيها ، فانه قد ظهرت مؤلفات قيمة فى الشريعة اليهودية . ومن أشهر الفقهاء الذين يرجع إلى مؤلفاتهم « سعد الفيومى » ، فقد وضع مؤلفات بالعربية فى العبادات والمعاملات وترجمة التوراة . ومن أشهر فقهائهم كذلك « موسى بن ميمون » وقد وضع مؤلفاته باللغة العربية ، ومنها كتاب « اليد القوية» وهو مرجع هام يرجع إليه كل مشتغل بالأحكام الشرعية . وقد جاء بعد موسى ابن ميمون « يوسف بن افرايم كارو » وقد قام بدور هام بالنسبة لكتاب اليد القوية الذى ألفه موسى بن ميمون ، إذ أنه أرجع مافيه من من أحكام إلى أصولها فى التلمود . فبين لكل حكم موضعه لأن ابن ميمون لم يبين فى كتابه المواضع الأصلية التى نقل عنها . وقد ترك « يوسف بن افرايم كارو » مؤلفات أخرى ، من أهمها «شولحان عاروخ » أى المائدة المصفوفة ، تكلم فى القسم الثالث منه عن الخطبة والزواج والطلاق . . كما تكلم فى الرابع منه عن الميراث والوصاية والوصية [(١)] . وإلى جانب هذه المؤلفات السابقة ، توجد مؤلفات أخرى كثيرة فى الشريعة اليهودية سواء بالعربية أو بالعبرية [(٢)] .

٤٦ — (ب) القواعد التى كانت مطبقة قبل الغاء جهات القضاء الملى بالنسبة للربانيين :

ولكن إذا أردنا أن نعرف ما كان يعتبر شريعة مطبقة أمام الجهات القضائية الملية لليهود قبل إلغائها فانه يتبين لنا أن المرجع الأساسى بالنسبة

---

(١) أنظر فى هذا ، مقدمة الأحكام الشرعية فى الاحوال الشخصية لحاى بن شمعون الصفحات من ح الى م

(٢) ومن المؤلفات فى الأحوال الشخصية لليهود مؤلف بالفرنسية ، سنشير إليه فيما بعد هو مؤلف Salomon Tibi بعنوان « Statuts personnels des israélites

للربانيين هو « كتاب الأحكام الشرعية فى الاحوال الشخصية للاسرائيليين » الذى وضعه م. حاي بن شمعون وكيل حاخامخانة القاهرة ، وذلك فى سنة ١٩١٢ . وهذا الكتاب موضوع على نمط الاحوال الشخصية للمسلمين الذى ألفه قدرى باشا ، ويقول المؤلف فى مقدمته إنه وضع الكتاب بناء على رغبة رئيس الطائفة وأعضاء مجلس إدارتها الذين عملوا على ترقية حال الحاخامخانة وإعلاء شأن المحكمة الشرعية بها . وقد تبين لهم أن هناك نقصا كبيراً . وهو أن المحامين والمتقاضين أمام المحكمة الشرعية للاسرائيليين . كانوا يجدون صعوبة لعدم معرفتهم للغة العبرية ولصعوبة العثور على المؤلفات الموجودة بهذه اللغة . فوضع لهم الكتاب باللغة العربية لكى يستمدوا منه الأحكام وليكون مرجعا يعول عليه عند اللزوم. وقد أبان المؤلف كذلك أنه رجع فى كتابه إلى التوراة والتلمود ، كما رجع أيضا إلى مؤلفات أخرى مثل « شولحان عاروخ » (المائدة المصفوفة) الذى أشرنا اليه من قبل ، تأليف « يوسف بن افرايم كارو » ، وكتاب « الميمونى » ، وغير ذلك من المؤلفات المعول عليها .

وقد قسم الكتاب إلى قسمين : القسم الأول فى الخطبة والزواج والحقوق والواجبات بين الزوجين فى الحياة والممات ، والطلاق والعدة والحضانة والرضاعة وثبوت النسب . والقسم الثانى فى الميراث والوصاية والوصية والحجر والهبة والشهادة واليمين والعقود والتسجيل والتوكيل . وقد نقل المؤلف فى القسم الثانى كتاب المواريث للاستاذ سعد الفيومى من علماء الاسرائيليين كما قدمنا . ويعتبر هذا الكتاب المرجع الرئيسى فى الأحوال الشخصية بالنسبة للربانيين ، وهم الفئة الغالبة فى مصر والأكثر عددا .

أما بالنسبة للقرائين ، فقد نقل الأستاذ مراد فرج فى سنة ١٩١٧ إلى اللغة العربية — مع الشرح والتعليق — كتابا عن العبرية لواضعه «الياهو بشياصى» من

أبناء القرن الخامس عشر ، وعنوان الكتاب بالعربية « شعار الخضر فى الأحكام الشرعية الاسرائيلية للقرائين » . ولكنه لم يجيء فيما جاء كتاب ابن شمعون من حيث تبويبه وتنظيمه فى مواد على غرار المجموعات الحديثة . وإنما عالج الموضوعات المختلفة تحت عناوين فقط ، مع وضع فهرس لها فى النهاية . وقد بين الأستاذ مراد فرج فى مقدمة الكتاب أنه « آخر مؤلف من نوعه وعليه الفتوى » . وأن واضعه قد « وقف أولا على ما للعلماء قبله من المصنفات واطلع عليها واستخلص منها ، بدليل استشهاده بهم ، واعتراضه على بعضهم . . . فيكاد يكون كتابه زبدة ما قبله » . ثم أبان أن الغرض من هذا المؤلف هو أن ينتفع به القراؤن ولا سيما الذين لا يعرفون العبرية أو لا يجيدونها... [١] .

ولم يأت الكتاب منظما على غرار المجموعات الحديثة ، كما قدمنا ، ولكنه تكلم فى : المحارم إجمالا ، الأسماء الشرعية ، المحارم المنصوص عليها ، واختلاف العلماء فى أمر المحارم . مسالك التحريم . مآخذ التحريم وجداوله ، وكيفية بحثها . حكمة الخليقة والزواج . العقد على المرأة (القنوان) : (المهر ، الوثيقة . القبول . شروط المهر وأنواعه) إيقاع العقد : (العاقد بشرط) من لا ينفذ عقدهن : (المرأة وأختها . امرأة الرجل . المرتدزوجها . الأجنبية الجارية . مرصدة الزوج الشرعى) . حرمة إناث وذكور أخر ولو مع نفاذ العقد : (ابن الحرام . العمونى والموابى . الأرومى والمصرى أول وثانى جيل الجبعونيون . الشامرة . الزانية وزواج المتعة . المطلقة بعد عقد الغير عليها . المسبية . ممنوعات الكاهن . الموجوء والمجبوب) . ثم تكلم عن الزواج . ما للمرأة على الرجل وما عليها له ، والمخاصمات بينهما . ومحل الطلاق وشروطه وإيقاعه . ثم تكلم بعد ذلك عن

---

(١) أنظر ص ٣ و ٤ من شعار الخضر .

الرضاعة والحضانة . كونها أرملة . ارتياب الرجل فى امرأته . المحتال عليها والمكرهة . فى الزنا إجمالا . ثم تكلم بعد ذلك عن التوريث والوقف والهبة والوصية (ص ١٤٩ وما بعدها) . وتكلم أخيراً عن الشهود واليمين .

هذا وقد حاول الأستاذ مراد فرج فى مؤلفه « القراؤن والربانون » إبراز الفروق بين القواعد والأحكام التى يأخذ بها كل من هذين المذهبين [1] . كما تعرض لذلك أيضاً فى شعار الخضر [2] .

---

(١) من ذلك مثلا ما جاء بالنسبة للمحارم (ص ١١٨ — ١٢٢) ، وبالنسبة لوراثة الرجل امرأته (ص ١٢٧ — ١٢٩) ، وبالنسبة لسوغ الطلاق (ص ١٣١ — ١٣٢) ، وبالنسبة لوثيقة الطلاق (ص ١٣٣ — ١٣٤) ، والتفريق الشرعى (ص ١٣٤ — ١٣٥) والزواج (ص ١٣٦—١٣٧) ، والارصاد الشرعى (ص ١٣٨—١٣٩) ، والردة والزوجية والردة والميرات (ص ١٤٠ — ١٤١) .

وقد لخص بعض القواعد الخلافية التى تدور حول المرأة (ص ١٤٢ — ١٤٣) . وهناك فرض التناسل (ص ١٤٧ — ١٤٨) . وقد بين فى النهاية الفوارق بين الطائفتين وخاصة فى تغيير المذهب وفى بعض المسائل المتعلقة بالزواج من ص ١٥٥ إلى ص ١٧١ .

(٢) أنظر مقدمة شعار الخضر ، وخاصة ص ١ — ٣ .

الفصل الرابع

شروط تطبيق شريعة غير المسلمين

٤٧ - **تمهيد - خطة البحث** : انتهينا فيما سبق من بيان ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين على اختلاف طوائفهم، مع بيان المصادر التي كان يرجع إليها للفصل في منازعاتهم المتعلقة بالأحوال الشخصية قبل إلغاء المجالس الملية . وقد رأينا أن ما كان يدخل في الاعتبار هو الشرائع المختلفة لكل من الطوائف . فشرائع غير المسلمين من المصريين إنما هي شرائع طائفية ، وإن كان هناك بعض طوائف تتحد شرائعها ، كالطوائف الكاثوليكية مثلا . ولما ألغيت المجالس الملية تقرر الابقاء على القواعد التي كان العمل جاريا عليها من قبل أمام تلك المجالس من حيث الأحكام الموضوعية ، فأصبح على المحاكم العادية تطبيق شرائع غير المسلمين التي كان معمولا بها من قبل أمام المجالس الملية . ولكن المشرع استلزم لتطبيق تلك الشرائع أمام المحاكم العادية شروطاً معينة ، فنص في المادة السادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على أنه « بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ، والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون ، فتصدر الأحكام - في نطاق النظام العام - طبقاً لشريعتهم » . ويبين من ذلك أن المشرع قد استلزم توافر شروط معينة حتى تطبق شريعة غير المسلمين . والشروط التي تستخلص من المادة السادسة هي أن يتحد الخصوم في الطائفة والملة ، وأن تكون لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون ٤٦٢ ، وأن تصدر الأحكام طبقاً لشريعتهم في نطاق النظام العام . فاذا تخلفت هذه الشروط أو تخلف أحدها لا تطبق شريعة غير

المسلمين. لكن ماذا يكون الحكم بعد ذلك؟ من المعلوم أن قضايا الاحوال الشخصية لغير المسلمين قد عهد بها الآن، بعد إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية إلى دوائر تشكل بالمحاكم للفصل فيها. فما هو مدى اختصاص تلك الدوائر بالفصل فى منازعات الاحوال الشخصية لغير المسلمين، إذا لم تتوفر شروط تطبيق شريعتهم، جميعها أو أحدها؟ ثم إنه من المعلوم كذلك أنه إذا لم تتوافر هذه الشروط أو أحدها طبقت الشريعة العامة، وهى الشريعة الاسلامية، فما هى القواعد الواجبة التطبيق فى هذا الصدد؟ وبمعنى آخر، إذا ما رفع نزاع أمام دائرة من دوائر الاحوال الشخصية لغير المسلمين، وتحققت المحكمة أن شروط تطبيق شريعتهم التى يستلزمها القانون غير متوافرة، فهل تنظر المحكمة النزاع فى هذه الحالة، أم تحكم بعدم اختصاصها. وإذا ما نظرت المحكمة النزاع وطبقت الشريعة الاسلامية، فما هى قواعد الشريعة الاسلامية التى تطبق فى هذه الحالة، ومعلوم أن هذه الشريعة تفرق فى هذا الصدد بين القواعد التى تطبق على المسلمين والقواعد التى تطبق على أهل الذمة. فأى النوعين من القواعد يطبق، عندما يتعين تطبيق الشريعة الاسلامية؟

وعلى ذلك تقسم دراستنا فى هذا الفصل إلى أربع مباحث. فى المبحث الاول نتكلم عن اتحاد الطائفة والملة. والمبحث الثانى نتكلم عن وجود جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون ٤٦٢، وفى الثالث نتكلم عن مطابقة شريعة غير المسلمين للنظام العام، وأخيراً نتكلم عن الآثار المترتبة على تخلف شرط من الشروط اللازمة لتطبيق شريعة غير المسلمين.

المبحث الأول

اتحاد الطائفة والملة

٤٨ — تفرقة أصطلاحية: الديانة والمذهب والطائفة: — استلزم المشرع

اتحاد الطائفة والملة كشرط من شروط تطبيق شريعة غير المسلمين . ولعل من اللازم قبل التكلم عن هذا الشرط أن نبدأ بتحديد المقصود ببعض المصطلحات التي ساد استعمالها في هذا الشأن ، نظراً لما وقع في هذا الاستعمال من خلط تترتب عليه آثار قد تؤدي إلى نتائج متباينة .

رأينا من قبل أن الديانات المعترف بها في مصر غير الاسلام هي المسيحية واليهودية . وإذا كان المشرع قد استلزم لتطبيق الشريعة المسيحية أو اليهودية اتحاد الطائفة والملة ، فإنه يعنينا أن نحدد ماذا يقصد بالطائفة وماذا يقصد بالملة .

نشأت المسيحية — كما قدمنا — ملة واحدة ، ثم تفرعت بعد ذلك إلى مذاهب ثلاثة هي الارثوذكسية والكاثوليكية والبروتستانتية . أما اليهودية فقد تفرعت إلى مذهبين هما مذهب القرائين ، ومذهب الربانيين . وقد رأينا أن كل مذهب من المذاهب السابقة — وبصفة خاصة في المذاهب المسيحية — قد تفرع إلى طوائف متعددة على النحو الذي بيناه . ومعنى ذلك أن أبناء الديانة الواحدة قد تفرعوا إلى مذاهب (ملل) والمذاهب قد تفرعت إلى طوائف . وقد وجد للطوائف جهات قضائية خاصة بها في مصر ، فتعددت بذلك جهات القضاء الطائفي بين غير المسلمين . فهناك إذن في هذا الصدد الديانة والمذهب والطائفة .

وإذا كانت الديانة هي رسالة يوحى بها من السماء إلى الأرض عن طريق نبي أو رسول ، فإن المذهب (أو الملة) إنما هو أسلوب معين أو طريقة معينة في فهم الديانة [1] ، أما الطائفة فإنها أخص من المذهب ، إذ هي تتفرع عنه .

---

(١) فالمذهب البروتستانتي مثلا يقوم على البحث مباشرة في الكتاب المقدس ، وأن رجال الدين ليسوا إلا بشرا كغيرهم .

والمذهب الواحد قد يدخل تحته طوائف متعددة . فاذا قيل المذهب الأرثوذكسى مثلا فإننا نجد أن أتباعه فى مصر مقسمين إلى طوائف أربع : فهناك الأقباط الأرثوذكس والأرمن ، الأرثوذكس ، والسريان الارثوذكس . والروم الارثوذكس ؛ وجميعهم ينتمون إلى مذهب واحد هو المذهب الأرثوذكسى ، ولكن طوائفهم متعددة . وهذا ماهو كائن أيضاً بالنسبة للمذهب الكاثوليكى. أما المذهب البروتستانتى ، فقد اعتبر فى مصر طائفة واحدة . والذى يجمع بين أبناء طائفة واحدة هو وحدة الرابطة من حيث الجنس أو اللغة أو العادات والتقاليد الخاصة ، مما يجعلها تستقل برؤسائها الدينيين ، ونظام عباداتها الداخلى . فالطائفة فى الواقع وحدة دينية واجتماعية . وقد رتب المشرع على اختلاف الطائفة بين الأفراد آثاراً قانونية ، فلكل طائفة نظامها القانونى الخاص ، وهى بذلك تعد وحدة قانونية .

ومن ذلك نرى أن أبناء الديانة الواحدة ينقسمون إلى مذاهب (ملل) ، وأن المذاهب تنقسم إلى طوائف ، وهذا هو ماينبغى أن نحرص على إبرازه دائما . فالمذاهب ، أو الملل ، تتفرع عن الديانات ؛ والطوائف تتفرع عن المذاهب المختلفة للديانة الواحدة[1] . وإذا ما انتهينا إلى ذلك فانه يتعين علينا أن نحدد ماذا يقصد باتحاد الطائفة والملة الذى نص عليه المشرع ، أو فى عبارة أخرى ، ماهو الاختلاف فى الطائفة والملة الذى يترتب عليه عدم تطبيق شريعة غير المسلمين ؟ فهل يكفى اتحاد أطراف النزاع فى الملة وحدها أم يتعين كذلك اتحادهم فى الطائفة ؟ وإذا كنا نتطلب اتحاد أطراف النزاع فى الطائفة والملة ، فمتى نعتد بهذا الاتحاد ، وما هو الأثر المترتب على تغيير أحدهم لطائفته أو ملته ؟

---

(١) قارن مع ذلك تعريف الطائفة والمذهب والملة والوحدة الطائفية فى كتاب محمد نمر ، حوالى بقطر ، المشار إليه سابقا ، فقرة ٣٢ وما بعدها .

٤٩ — هل يكفى الاتحاد فى الملة (المذهب) فقط ؟ : استلزمت المادة السادسة — كما قدمنا — اتحاد « الطائفة والملة » . ومما لا شك فيه أنه يتعين أن يكون أطراف النزاع ، طبقاً لهذا النص ، من ملة واحدة ، أى من مذهب واحد ، بأن يكونوا مثلا من المذهب الارثوذكسى أو الكاثوليكى . بحيث أنه إذا كان أحد طرفى النزاع من المذهب الارثوذكسى والآخر من المذهب الكاثوليكى ، لا يتحقق بذلك اتحاد الملة ، وبالتالى لا يمكن تطبيق شريعتهم لتخلف شرط من شروط تطبيقها . وإلى جانب اتحاد أطراف النزاع فى الملة أو المذهب ، يلزم كذلك اتحادهم فى الطائفة . ومعنى هذا أنه لا يكفى أن يكون الخصوم جميعاً من المذهب الارثوذكسى مثلا ، بل لا بد كذلك أن يكونوا من طائفة واحدة . لان أنصار المذهب الارثوذكسى تتعدد طوائفهم كما قدمنا ، فيلزم أن يكونوا من طائفة الاقباط مثلا أو طائفة الروم . فلو اختلف الخصوم من حيث الطائفة . بأن كان أحدهم من الاقباط الارثوذكس والآخر من الروم الارثوذكس ، لا يتوافر اتحاد الطائفة ، وبالتالى لا يمكن تطبيق شريعة غير المسلمين .

هذا هو المقصود باتحاد « الطائفة والملة » . ومنه نتبين أن المشرع قد رتب على اختلاف الطائفة ، كما رتب على اختلاف الملة (المذهب) آثاراً قانونية معينة ، هى استبعاد تطبيق شريعة غير المسلمين ، والرجوع بذلك إلى الشريعة العامة ، وهى الشريعة الاسلامية . فالاختلاف فى الطائفة قد أنزله المشرع منزلة الاختلاف فى الملة أو المذهب الدينى ، ويترتب عليه تبعاً لذلك اختلاف القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق . وعلى ذلك ، لا تكون لشريعة غير المسلمين فى مصر الولاية إلا فى حالة اتحاد الخصوم من حيث الديانة والمذهب والطائفة (١)

---

(١) أنظر رسالة بطرس وديع كساب فى تنازع القوانين فى انعقاد الزواج وانحلاله ، رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٤ ، ص ٥٧ .

وإذا كان المشرع قد نص على ضرورة اتحاد الطائفة والملة ، فإنه قد رجح بذلك الرأى الذى كان ينادى من قبل باختصاص المحاكم الشرعية فى حالة اختلاف الخصوم غير المسلمين من حيث الطائفة والمذهب والديانة . وهو الرأى الذى رجح فى الفقه والقضاء من قبل (١) .

وعلى الرغم من صراحة نص المادة السادسة واستلزامها اتحاد «الطائفة والملة» ، إلا أن البعض (٢) قد ذهب إلى أن المقصود بالاتحاد هنا هو الاتحاد فى المذهب فقط ، وبالتالى فان الاختلاف فى الطائفة لا أثر له من حيث تطبيق الشريعة الدينية . ولعل ماحدا بالقائلين بهذا الرأى إلى المناداة به هو الرغبة فى تضيق نطاق تطبيق الشريعة الاسلامية على غير المسلمين ، والتوسع تبعاً لذلك فى نطاق تطبيق شريعتهم الملية . وهذا ماحدا بالبعض قبل صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ إلى القول باختصاص جهة المدعى عليه ، فقالوا بتطبيق قاعدة أن المدعى يتبع محكمة المدعى عليه فى الاختصاص ورأوا أنه يكفى أن يكون المدعى عليه تابعا لقضاء طائفة معينة ، حتى يثبت الاختصاص لمجلس هذه الطائفة الملى ، وأنه لاضرورة لتبعية جميع الخصوم لها (٣) .

وأياً كان الدافع إلى هذا الرأى ، فقد قيل ، تأييداً لفكرة أن المقصود بالاتحاد هنا هو الاتحاد من حيث المذهب فقط وأن الاختلاف فى الطائفة لا أثر

---

(١) أنظر المرجع السابق ، ص ٥٧ — ٥٩ .

(٢) أنظر حلمى بطرس ، المرجع السابق ، ص ٣٩ وما بعدها .

(٣) أنظر كتاب المرحوم الدكتور أبو هيف (بك) فى الدولى الخاص ، جزء ، بند ٦٣٠ ص ٩٣٥ ، ٩٣٦ ، وقد أشير إليه فى مقال الأستاذ أحمد عبد الهادى عن المحاكم الشرعية وسلطانها على غير المسلمين ، مجلة القانون والاقتصاد ، س ٥ ص ٢١ هامش رقم ١ ؛ وأنظر أيضا المراجع المشار إليها فى هامش رقم ٢ ص ٥٨ من رسالة بطرس كتاب السابقة .

له « إن القول بأن اختلاف المتنازعين فى الطائفة يعادل فى نتيجته اختلافهما فى المذهب من حيث قصور ولاية القانون الدينى عن حكم العلاقة القانونية ، حتى ولو كانت الطائفتان تعتنقان مذهبا دينيا واحدا ، يجافى الاساس الذى بنيت عليه ولاية القانون الدينى . ولا يتفق مع مقاصد المشرع من ذلك ، وينتهى إلى نتائج غير عادلة . إن المشرع حين نص على إخضاع علاقات الأحوال الشخصية لغير المسلمين « لأحكام شريعتهم » استهدف المساواة بين المصريين وكفالة حرية اعتقادهم . فلا تتعدى أحكام ديانة إلى غير أهلها . . ». ويرى القائلون بهذا الرأى أن القول مثلا باخضاع علاقة الزواج بين كاثوليكيين مختلفين من حيث الطائفة لاحكام الشريعة الاسلامية فيه خروج على كفالة حرية العقيدة[1] ، فى حين أنهما لو اتحدا من حيث الطائفة خضعا لاحكام المذهب الكاثوليكى ، مع أن الطرفين فى الحالة الاولى مثلهما فى الحالة الثانية يدينان بعقيدة مذهبية واحدة وينضويان تحت رئاسة دينية واحدة ، ويخضع زواجهما من الناحية الدينية لاحكام دينية واحدة . وما يقال عن الزوجين الكاثوليكيين يقال عن الارثوذكسيين ... وينتهى أصحاب هذا الرأى إلى أن تحقيق مقاصد المشرع يحمل على القول بصرف معنى الاتحاد فى « الطائفة والملة » إلى الوحدة المذهبية . فيعتبر طرفا المنازعة متحدى طائفة وملة كلما انتميا إلى وحدة مذهبية واحدة ، وأن الوحدات المذهبية فى مصر هى الأرثوذكسية والكاثوليكية والبروتستانتية[2] .

فتؤدى الرأى السابق أن الشريعة الاسلامية . بصفتها الشريعة العامة فى مصر ، لاتكون مختصة إلا إذا اختلف الخصوم من حيث المذهب فقط ، كما لو كانت العلاقة بين أرثوذكسى وكاثوليكى أو بروتستانتى . وقد حاول المنادون بهذا

---

(١) وقد تأثرت بهذا الرأى دائرة الأحوال الشخصية للاجانب بمحكمة القاهرة الابتدائية فى حكمها الصادر فى ٢٥ مارس ١٩٥٨ ، قضية ٨٦ لسنة ١٩٥٧ .

(٢) حلمى بطرس ، المرجع السابق ، ص ٤٤ — ٤٥ .

الرأى تأييده من ناحية أخرى بقولهم إن اختلاف الطوائف لايعنى اختلاف القواعد الواجبة التطبيق ، ويقولون إن الكاثوليكية مذهب واحد لاتختلف أحكامه باختلاف الطوائف التى تعتنقه ، وأن الأمر بالنسبة للمذهب البروتستانتى لايثير إشكالا ما ، لأن المشرع اعتبر جميع معتنقيه طائفة واحدة . أما بالنسبة للمذهب الأرثوذكسى فانه وإن انقسم تابعوه إلى فريقين ، فريق يدين بالطبيعة الواحدة وفريق يدين بالطبيعتين ، إلا أنه فيما عدا هذا الخلاف الدينى النظرى ، فان الأحكام الموضوعية للزواج والطلاق تكاد تكون واحدة[1].

هذا هو رأى من قال بالتغاضى عن الاختلاف فى الطائفة ،وأن الاختلاف لايترتب عليه أثره من حيث تطبيق شريعة غير المسلمين ، إلا إذا كان اختلافا فى المذهب لا الطائفة.

وإذا كان لنا أن نرد على هذا الرأى ، فاننا نبادر إلى القول بأننا لاننكر أن القواعد الموضوعية التى تطبقها كثير من الطوائف إنما هى قواعد واحدة فى مسائل الزواج ، وأن الشرائع الملية لاتتعدد بتعدد الطوائف . أى أنه ليس هناك من حيث الواقع أربع عشرة شريعة ملية مختلفة للطوائف الدينية لغير المسلمين فى مصر[2] . وهذا واضح بالنسبة للطوائف الكاثوليكية ، وعددها عندنا سبع طوائف ، وقد كانت المحاكم الطائفية للكاثوليك تطبق قواعد واحدة فى مسائل الزواج صدرت بها إرادة رسولية فى سنة ١٩٤٩ بالنسبة لكاثوليك الشرق بصفة عامة . فبالنسبة للكاثوليك هناك إذن تعدد فى الطوائف ووحدة

---

(١) المرجع السابق ، ص ٤٢ ـ ٤٣ .

(٢) قارن : حامد زكى ، مسائل فى القانون الدولى الخاص المصرى ، مجلة القانون والاقتصاد ، س٥ ص ٣٠١ .

فى القواعد الواجبة التطبيق.(١)

لكن إذا كان هذا مسلما به فان المنادين بالرأى الذى نناقضه لم يقطعوا بوحدة القواعد المطبقة بالنسبة للأرثوذكس؛ فهم يقولون إن القواعد بالنسبة لهم «تكاد تكون واحدة»، مما يقطع بوجود خلاف بينها، وهذا وحده كاف للرد على الحجة التى نحن بصددها. فوجود خلافات مهما كانت يسيرة ينفى الأساس الذى يستند إليه القائلون بالرأى الذى نحن بصدده، إذ من المفروض أنه إذا وضعت قاعدة كان من المتعين تطبيقها على كل الحالات. والواقع أنه لابد من وجود خلافات فى الأحكام الموضوعية بين الطوائف، وخاصة بين الطوائف الأرثوذكسية. مردها إلى أن المنتمين لهذه الطوائف من المصريين من ينتمى إلى شعوب مختلفة ذات تقاليد متباينة فى أنظمة الأسرة، مما قد يكون له أثره على أحكامها الموضوعية؛ وهذا مايسلم به أصحاب الرأى الذى نحن بصدده (٢). ثم إن «إمكان وجود الخلاف، على أى مدى، يتحقق من أن لكل طائفة مجلسا مليا وكنيسة مستقلة تستطيع أن تحدد القواعد التى تخضع لها الطائفة، دون أن تقوم على ذلك أى قيود من رقابة طائفة أخرى، نتيجة لاستقلال الطوائف.» (٣) وهناك من الطوائف كالأقباط الأرثوذكس والروم الأرثوذكس مايعد قوانينه ويجعلها خاصة به، ولا يواجه فرض تطبيقها على طوائف أخرى، على أى صورة من الصور (٤). بل إنه حتى بالنسبة للكاثوليك

---

(١) ولا يثور إشكال بالنسبة للبروتستانت؛ فهناك مذهب واحد، اعتبر معتنقوه طائفة واحدة.

(٢) أنظر حلمى بطرس، المرجع السابق، ص ٤٣.

(٣) جميل الشرقاوى، الكتاب الثانى فى الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين «سنة ١٩٥٨»، ص ١٠.

(٤) المرجع المشار إليه فى الهامش السابق، ص ١٠ — ١١

ولو أن قواعدهم واحدة، إلا أن روح تطبيق هذه القواعد تختلف من طائفة إلى طائفة، لما لكل طائفة من طابع خاص وتقاليد لصيقة بها تؤثر فى فهمها وتفسيرها للقواعد الواجبة التطبيق (كالاقباط والموارنة مثلا).

ومن ناحية أخرى ينبغى أن نراعى أن الرأى الذى نحن بصدده لا يتفق مع ما كان سائداً من قبل، كما أنه لا يتفق مع ما يفهم من نصوص التشريعات التى نظمت بعض الطوائف فى مصر.

فقد أشرنا من قبل إلى أن الرأى الراجح فى الفقه والقضاء قبل صدور القانون ٤٦٢ كان يتجه إلى أنه فى حالة الاختلاف فى الطائفة تكون المحاكم الشرعية صاحبة الاختصاص. أما بالنسبة للفقه فقد استلزم توافر اتحاد الطائفة بين الخصوم. فاذا اتحدوا مذهبا واختلفوا من حيث الطائفة، لا يتحقق شرط اتحاد الملة [١]. كما يقرر كذلك أن اختصاص الحاكم الشرعى فى حالة اختلاف الطائفة يتفق وأصل الولاية الدينية باعتبار أن هذه الولاية سلطه داخلية عائلية patriarcale تعتمد على اتفاق الطرفين ضمنا على الاحتكام أمام رؤسائهما الروحيين والارتياح لحكمهم» [٢].

وقد أخذ القضاء أيضاً بهذه الوجهة. فقد ثبت القضاء المختلط على أن الولاية الدينية إلزامية فى حالة انتماء طرفى الخصومة اليها ديانة ومذهبا وطائفة. وقررت هذه المحاكم أن الاختصاص فى حالة اختلاف غير المسلمين فى المذهب أو الديانة يكون للمحاكم الشرعية، وأن الشريعة الاسلامية تطبق بصفة إجبارية على الرعايا

---

(١) أنظر احمد صفوت، المرجع السابق، ص ٢٤

(٢) بطرس كساب رسالته ص ٥٧، وأنظر أيضا ص ٥٨ والمراجع المشار اليها فى الهامش رقم ٣، وكذلك رسالة البكتور بنداوى، السابق الإشارة اليها، ص ١٤٧ وما بعدها (النسخة الفرنسية).

المسيحيين المحليين فى مسائل الأحوال الشخصية — على الأقل كقاعدة عامة — فى كل حالة تخرج فيها عن النطاق الذى رسم لاختصاص الطوائف الدينية . ويكون هذا بصفة خاصة إذا كان أحد الطرفين من مذهب مختلف . . . وهذا من شأنه أن يجعل المحاكم الشرعية مختصة بقوة القانون ، وهى لا تطبق ، ولن تستطيع أن تطبق إلا الشريعة الاسلامية Lequel n' applique et ne peut applique que le droit musulman. . فالذى يبدو من قضاء المحاكم المختلطة أنها تستلزم لاختصاص المحاكم الطائفية لغير المسلمين اختصاصا إلزاميا ، أن يتحد المتخاصمون من حيث الطائفة كذلك [1]

كما قضت المحاكم الأهلية أيضا بأنه يشترط لاختصاص المجلس الملى للأقباط الأرثوذكس فى مسائل الارث شرطان ، الأول : أن يكون التقاضى أمامه برضاء الاخصام . الثانى : أن يصدر قراره فى حدود اختصاصه ، أى بين الاشخاص التابعين للطائفة المذكورة ... [2] وقد كانت محكمة النقض عند ناقر هذا

---

(١) أنظر استئناف مختلط فى ٩ فبراير سنة ١٩٢٦ ، البلتان س ٣٨ ص ٢١٨ وما بعدها ؛ ٢٠ يونيه ١٩٣٣ ، البلتان س ٤٥ ص ٣٢٢ ، ٢٨ يناير سنة ١٩٣٢ البلتان س ٤٤ ص ٣٠٥ .

(٢) استئناف أهلى فى ١٠ أبريل ١٩٢٨ ، المحاماة س ٨ رقم ٥٠٤ ص ٩١٦ . وانظر أيضا استئناف فى ١٠ ديسمبر ١٩٣٢ ، المحاماة س ١٣ رقم ٤٢٩ ص ٨٧١ ، وقد تقرر فى هذا الحكم الأخير أن المحاكم الشرعية تطبق الشريعة الاسلامية لا شريعة المتخاصمين . وانظر كذلك محكمة مصر الكلية فى حكم استئنافى بتاريخ ٢٧ فبراير ١٩٢٤ ، المحاماة س ١٤ رقم ٣٢٣ ص ٦٢١ ، وهو منشور ضمن حكم النقض بتاريخ ٢٤ يناير ١٩٣٥ مجموعة عمر جزء أول رقم ٢٢٤ ص ٥٦٧ . وقد جاء بهذا الحكم الأخير أن اختصاص المحاكم الشرعية فى حالة اختلاف ملة المتقاضين قد تأيد بما جاء بلائحة ترتيبها الصادرة سنة ١٩٣١ والتى نصت فى الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ على أن دعوى الطلاق لا تسمع من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » ويستفاد من هذا بداهة — كما جاء فى الحكم — أن المحاكم الشرعية مختصة بنظر دعاوى الأحوال الشخصية =

الوضع قبل إلغاء المجالس الملية ، إذ قررت أن انضمام الزوجة قبل الزواج إلى طائفة الزوج ، يجعل المجلس الملى لهذه الطائفة هو المختص بمسائل أحوالهما الشخصية [١] هذا هو ما أخذ به الفقه والقضاء من قبل .

على أن رغبة المشرع تبدو واضحة فى سلب ولاية المحاكم الطائفية إذا اختلف الخصوم من حيث الطائفة حينما أصدر القوانين الثلاثة المنظمة لبعض الطوائف . ذلك أن المادة ١٦ من الدكريتو الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ الخاص بلائحة ترتيب واختصاصات مجلس الأقباط الارثوذكسية تنص على أن « من وظائف المجلس المذكور النظر فيما يحصل بين أبناء الملة من الدعاوى .. » . والذى يفهم من ظروف هذا التشريع الخاص بالأقباط الأرثوذكس أن المقصود بأبناء الملة فى هذه الحالة هم طائفة الأقباط الأرثوذكس ، لأن الدكريتو صدر خاصا بهذه الطائفة وحدها ولا شأن له ببقية طوائف المذهب الأرثوذكسى [٢] . وهذا هو

الخاصة بغير المسلمين » وما ذلك بطبيعة الحال إلا فى حالة اختلاف الدين أو الملة . أى أن المشرع اعتبر هذا الاختصاص أمراً مفروغا منه » ووضع له قاعدة موضوعية فى حالة من أحواله ، وهو طلاق غير المسلم لزوجته غير المسلمة » (راجع ما أشار إليه الحكم من مراجع وأحكام فى هذا الصدد) .

(١) نقض فى ٢٦ نوفمبر ١٩٥٤ طعن رقم ٥ س ٢٤ ق ، فى مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ عاما رقم ١٥٦ ص ١٦٠ . وفى هذا الحكم كانت الزوجة مارونية كاثوليكية فى الأصل ، ثم انضمت قبل الزواج إلى طائفة الروم الكاثوليك التى ينتمى إليها الزوج ، وبذلك تكون قد اتحدت معه فى الطائفة بعد أن كانا متحدين فى المذهب فقط ، وأصبح المجلس الملى لطائفة الروم الكاثوليك هو المختص بمنازعات الأحوال الشخصية بين الزوجين .

(٢) وقد أبانت محكمة النقض عن ذلك صراحة فى حكمها بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٥٤ (مجموعة المكتب الفنى س ٥ العدد ٣ ، ص ٦٨٧) حيث قالت : « وظاهر من نصوص الأمر العالى الصادر بانشاء هذا المجلس (مجلس الأقباط الارثوذكس) فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ والقوانين المعدلة له » أن المشرع قصر اختصاص المجلس الملى على مسائل الأحوال الشخصية المبينة فى المادة السادسة عشرة منه ، كما أنه جعل مناط هذا الاختصاص الاستثنائى المحدود أن يكون طرفا الخصومة من أبناء الملة ، أى من الاقباط الارثوذكس ، وموجب هذا المناط أن

ما يمكن أن يقال بالنسبة للتشريع الذى صدر منظماللأرمن الكاثوليك والانجيليين الوطنيين »[١] .

ومن هذه التشريعات الثلاثة يتضح أن إختصاص القضاء الطائفى كان مقيداً بأبناء الملة التى يمثلها المجلس . ذلك أن الأنظمة الثلاثة قد قصرت ولاية كل طائفة على أبنائها بصريح العبارة . وهذا يبين بجلاء نية المشرع فى تحديد مدى اختصاص محاكم الطوائف بالنسبة للاشخاص[٢] .

هذا ويمكن أن نضيف إلى ماسبق حجة أخرى مستمدة من وضع الشرائع الملية الاستثنائى ، ذلك أن ولاية الشرائع الدينية إنما هى ولاية استثنائية بحتة ؛ وإذا ما سمح بتطبيقها فانه يتعين أن يكون ذلك فى أضيق الحدود . أى أنه لايجب التوسع فى تطبيقهـا . والقول بأن اختلاف الطائفة لا أثر له يتنافى مع هذه الفكرة ويؤدى إلى التوسع فى الاستثناء . بل إنه يتنافى أيضـا مع الروح العـامة فى التشريعات التى ألغيت بها جهات القضاء الدينية ، وهى روح التوحيد . فعـدم التوسع فى تطبيق القواعد الاستثنائية يتفق مع روح التوحيد . وليس فى تطبيق قواعد الشريعة الاسلامية ـ باعتبارها القانون العـام فى مسائل الأحـوال

المجالس هو مجلس خاص بطائفة بعينها لا يشترك فى انتخاب من ينتخب من أعضائه إلا أفراد الطائفة القبطية الارثوذكسية ؛ وأنه بصفته الخاصة لايملك الحكم بغير قواعده التى تسرى على أبناء الطائفة ... ولذلك قصر اختصاصه عليهم دون سواهم ... (انظر ص ٦٩٦) وأنظر أيضا حكما آخر لمحكمة النقض بنفس التاريخ وفى نفس المجموعة ص ٧١٢ . وفى هذا الحكم الاخير كان أحد الطرفين من الاقباط الارثوذكس والاخر من الاقباط الكاثوليك .

(١) أنظر المادة ١٦ من الامر العالى فى ١٨ نوفمبر ١٩٠٥ الخاص بالارمن ، والمادة ٢٤ من الامر العالى فى أول مارس ١٩٠٢ الخاص بالانجيليين .

(٢) أنظر : أحمد عبد الهادى ، المقال السابق ، مجلة القانون والاقتصاد سنة ٥ ص ٢٢ ، بطرس كنايب ، المرجع السابق ، فقرة ٢٨ ص ٣٠ ، عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، فقرة ٥٠٦ ص ٥٢١ .

الشخصية ـ ماينافى روح العدالة ، بل هو حل تفرضه أصول التنظيم القانوني فى الدول الحديثة [١] .

ثم إنه إلى جانب ماسبق ينبغى ألا نغض الطرف عن صراحة المادة السادسة من القانون ٤٦٢ التى تستلزم اتحاد « الطائفة والملة » . وقد سبق لنا بيان أن الطائفة وحدة قانونية يجمع بين أفرادها روابط الجنس والتقاليد ... أما الملة فالمقصود بها المذهب[٢] . وإذا كان النص واضحا صريحا على هذا النحو ، ويفهم منه أن اختلاف الطائفة يرتب أثره كاختلاف الملة سواء بسواء ، فلماذا نتغاضى عن ذلك ، ونقصر الأمر على حالة اختلاف المذهب فقط . وإذا كانت هذه هي نية المشرع فما كان أيسر عليه من أن يستبدل بعبارة المتحدى الطائفة والملة عبارة المتحدى الملة (أو المذهب) فقط [٣] .

ولا يفوتنا فى هذا الصدد أن ننوه بأن الاحكام الحديثة الصادرة بعد إلغاء جهات القضاء الطائفى تقر ما جاء فى المادة السادسة وتنظر دائما فيما إذا كان الخصوم متحدى « الطائفة والملة » حتى تطبق أحكام شريعتهم[٤] أو كانوا مختلفى الطائفة والملة فتطبق أحكام الشريعة الاسلامية ، فاذا كان الزوج من الأقباط

---

(١) أنظر فى هذا ، جميل الشرقاوى ، الكتاب الثانى (١٩٥٨) ، ص ١١ ـ ١٢ ، وقارن أيضا ، أحمد عبد الهادى ، السابق ، ص ٢١ .

(٢) ولعل من المفيد هنا أن نشير إلى أن لفظ « الملة » كثيرا ما استعمل وقصد به إما الطائفة والمذهب أو الديانة . ولذلك ينبغى الحذر فى فهم مدلوله ، وان كان المقصود به فى عبارة نص المادة السادسة هو المذهب كما سبق أن بينا .

(٣) أنظر مذكراتنا فى الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ، لطلبة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية عام ١٩٥٧ ، ١٩٥٨ ص ٢٤ وما بعدها وخاصة ص ٢٧ .

(٤) أنظر على سبيل المثال ، حكم محكمة قنا الابتدائية للاحوال الشخصية فى ٢١ فبراير ١٩٥٦ ، المحاماة س ٣٧ رقم ١١٠ ص ١٩٩ . وانظر الأحكام العديدة التى أوردها رفعت خفاجى ورابح لطفى فى هذا الصدد ، المرجع السابق ص ١٧١ وما بعدها .

الأرثوذكس والزوجة من الروم الأرثوذكس أو كان النزاع بين أرمني أرثوذكسي ورومي أرثوذكسي ، طبقت الشريعة الاسلامية[١] . والواقع في هذه الحالة أن أطراف النزاع ينتمون إلى مذهب واحد هو المذهب الأرثوذكسي، ولكنهم يختلفون من حيث الطائفة . إذ في الحالة الأولى كان النزاع بين قبطي ورومي وفي الثانية بين أرمني ورومي. ومن باب أولى تطبق الشريعة الاسلامية إذا اختلف الطرفان من حيث الطائفة ومن حيث المذهب ، كما إذا كان الزوج من الأرمن الكاثوليك والزوجة من الروم الأرثوذكس[٢] .

هذا وقد جرت المحاكم في جميع أحكامها التي طبقت فيها شريعة غير المسلمين من المصريين ، على بيان أن الطرفين متحدين من حيث الطائفة والملة في عبارة أصبحت تقليدية : « حيث أنه ثبت أن الطرفين (أو حيث أن الطرفين أقرا بأنهما ..) من الأقباط الأرثوذكس .. أو الأرمن الارثوذكس ... فانه يتعين الفصل بينهما طبقا لشريعتهما » .

كما أيد الفقه الحديث في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين هذا الاتجاه دون تردد[٣] .

---

(١) أنظر محكمة الاسكندرية الابتدائية للاحوال الشخصية في ٢٦ يناير ١٩٥٦ (غير منشور) وحكمها في ١٦/٤/١٩٥٦ رقم ١٧ س ١٩٥٦ صالح حنفي ٢ رقم ٣/٧٠٤ ص ٥٢٩ . وقد جاء في هذا الحكم صراحة «أن الاختلاف في الطائفة يترتب عليه اختلاف في القواعد الدينية الموضوعية ، ويتعين بعد ، الرجوع إلى الشريعة الاسلامية...» (النزاع كان خاصا بثبوت نسب) . وكذلك في ١٨ فبراير ١٩٥٨ في القضية رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٧ (غير منشور) .

(٢) الاسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية في ٢٦ فبراير ١٩٥٧ في القضية رقم ٥ لسنة ١٩٥٧ (غير منشور) .

(٣) أنظر في هذا : احمد سلامة ، السابق ط ٢ بند ١١١ ص ٢٠٢ وما بعدها. إيهاب إسماعيل : أصول الأحوال الشخصية ، ط ١ ص ١٠٧ وما بعدها . عبد الودود يحيى : السابق ص ٥٨ — ٦٠ . جميل الشرقاوي (طبعة ٩٥٩ — ١٩٦٠) خاصة ص ٣٤ .

نخلص مماسبق أنه يتعين أن يتحد أطراف النزاع من حيث «الطائفة والملة» [١] وذلك لتطبيق شريعة غير المسلمين متى توافرت الشروط الأخرى ، فاذا اختلفت الطائفة ، كان ذلك بمنزلة الاختلاف فى المذهب، وبالتالى تطبق الشريعة العامة وهى الشريعة الاسلامية . وهذا ما انتهت محكمة النقض إلى تأييده . فقررت أن اختلاف الطائفة يكفى لتطبيق الشريعة الاسلامية [٢].

٥٠- الوقت الذى يعتد فيه باتحاد الديانة والمذهب والطائفة :

انتهينا فيما سبق من بيان المقصود باتحاد « الطائفة والملة » ، كشرط من الشروط اللازمة لتطبيق شريعة غير المسلمين ، ويتعين علينا بعد ذلك أن نحدد الوقت الذى يعتد فيه بهذا الاتحاد ، حتى يرتب آثاره . ومعرفة الوقت الذى يعتد فيه باتحاد الطائفة والملة تظهر أهميته إذا علمنا أن روابط الأسرة بصفة عامة ، سواء نشأت من علاقة زوجية أو غيرها ، إنما هى روابط لاتنشأ وتنتهى مرة واحدة ، بل إنها تنشأ وتستمر ، وبالتالى فان مايترتب على هذه الروابط من آثار يبقى مستمراً كذلك ، وخلال قيام تلك الروابط قد تثور المنازعات بين الأفراد ، فتثور الحاجة تبعا لذلك إلى معرفة القانون الواجب التطبيق ، هل هو القانون الذى كان يحكم العلاقة أو الواقعة عند نشوئها أم أن هذه أو تلك تخضع لقانون آخر . ويزيد من صعوبة الأمر عدم بقاء الأفراد على

---

(١) وذلك بطبيعة الحال فضلا عن اتحاد الديانة . بأن يكون أطراف النزاع من المسيحيين أو من اليهود ، حيث إنهما ديانتان معترف بهما سماويا على ما بينا من قبل (انظر بند ٢٨ فيما سبق) .

(٢) أنظر حكم النقض فى ٦ فبراير ١٩٦٣ طعن رقم ٣٦ س ٢٩ ق- مجموعة المكتب الفنى س ١٤ عدد ١ رقم ٢٨ ص ٢١٠ . وقد كان الطرفان أرثوذكسيين لكن الزوجة أرمنية والزوج رومى . وكذلك حكمها فى التاريخ نفسه طعن ٣٢ س ٣٠ المرجع نفسه رقم ٢٩ ص ٢١٨ .

حالتهم التى كانوا عليها عند نشوء الروابط . فقد تنشأ الرابطة بين زوجين متحدين فى الطائفة والملة ثم يغير أحدهما طائفته أو ملته ، وتبعا لذلك يثور التساؤل عن الوقت الذى يعتد فيه باتحاد الطائفة والملة حتى يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق فى هذه الحالة ، هل هو القانون الذى يحكم الرابطة الزوجية عند نشوئها، أم هو قانون آخر .

ولا صعوبة أولا إذا ماقام النزاع بين متحدى الطائفة والملة منذ قيام الرابطة بينهم إذا ظلوا كذلك حتى الفصل فى النزاع إذ فى هذه الحالة تطبق شريعتهم متى توافرت الشروط الأخرى لتطبيقها . ولا صعوبة كذلك فى الفرض العكسى إذا ماقام النزاع بين مختلفى الطائفة والملة . متى كانوا كذلك عند بدء قيام الرابطة وظلوا هكذا حتى الفصل فى النزاع ، إذ فى هذه الحالة يمتنع تطبيق شريعتهم ، وتطبق الشريعة العامة وهى الشريعة الاسلامية .

ولكن الصعوبة تثور فعلا إذا ماغير أحد طرفى النزاع فى الفرضين السابقين طائفته أو ملته ، فأصبح هناك فى الحالة الأولى اختلاف فى الطائفة والملة بعد قيام الرابطة بين متحديها ، أوأصبح هناك فى الحالة الثانية اتحاد فى الطائفة والملة بعد أن كان أطرافها مختلفين . فالى أى مدى يعتد بهذا التغيير الطارىء على الرابطة، وقد يكون هذا التغيير قبل قيام أى نزاع ، وقد يكون بعد قيام النزاع أو أثناء سير الدعوى إذ مارفع النزاع إلى القضاء .

يثير هذا الموضوع اشكالات متعددة . إذ أنه يتصل بمسائل متباينة ، لأنه إذا ماغير أحد أطراف الرابطة ديانته أو مذهبه أو طائفته ، ثار النزاع حول ما اكتسب من حقوق فى ظل الوضع السابق . كما يثور النزاع كذلك حول مدى الاعتداد بالديانة الجديدة أو المذهب الجديد ، وهى أمور تتصل بحرية العقيدة، وخاصة أنه قد يقصد من مثل هذا التغيير التهرب من الوضع السابق وما يفرضه من

التزامات ، وكل هذه مسائل دقيقة تتصل بالموضوع ، سنعرض لها فيما يلى :

وأيا ما كان الأمر فى هذا الصدد ، فان التساؤل يثور عن مدى الاعتداد بالتغيير الطارىء على الرابطة . ففى حالة الزواج مثلا ، هل نطبق القانون الذى نشأت العلاقة الزوجية فى ظله ، أم ندخل فى الاعتبار ما طرأ من تغيير بعد قيام الرابطة ويكون لهذا التغيير أثره من حيث تغيير القانون الذى يحكم النزاع بين الزوجين فى ظل الوضع الجديد ؟

لقد قام المشرع المصرى بوضع حلول لمشكلة مشابهة للمشكلة التى نعرض لها فى نطاق القانون الدولى الخاص . إذ قد يحدث أن يغير الشخص جنسيته فيتغير بذلك القانون الواجب التطبيق ، ولهذا حل المشرع المشكلة عن طريق النص فقرر فى المادة ١٣ من القانون المدنى أنه « يسرى قانون الدولةالتى ينتمى إليها الزوج وقت **انعقاد الزواج** علىالآثار التى يرتبها عقد الزواج..» أمابالنسبة للطلاق «فيسرى عليه قانونالدولةالتى ينتمى إليها الزوج **وقت الطلاق** ، ويسرى علىالتطليقوالانفصال قانونالدولة التى ينتمىإليها الزوج **وقت رفع الدعوى** » .

وفى المادة ١٧ يقرر المشرع أنه بالنسبة للميراث والوصيةوسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، فانه يسرى عليها قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف **وقت موته** . ومن ذلك يبين لنا أن المشرع قد تولى بنفسه تحديد القانون الواجب التطبيق إذا ما تغيرت جنسية الشخص ، فوضع بذلك حداً لما كان يمكن أن يثار فى هذا الصدد من خلاف حول القانون الواجب التطبيق . ولكن الحلول التى وضعها المشرع فىهذا الصدد إنما هىحلول جزئية، إذ وضع حلا مغايراً فى كل حالة ، ولم يصدر بذلك عن قاعدة عامة . والأمركما هو واضح يتعلق بالعلاقات ذات العنصر الأجنبى . وبالتالى لا يمكن إعمال الحلول السابقة فى النطاق الداخلى .

ولهذا يظل التساؤل قائماً عن الحل الواجب التطبيق فى حالة تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة فى النطاق الداخلى ، ومن المعلوم أن هذا التغيير يترتب عليه تغيير القواعد الواجبة التطبيق ، إذ أننا إما أن نطبق الشريعة الخاصة بغير المسلمين ، وإما أن نطبق الشريعة العامة وهى الشريعة الاسلامية .

لقد فصل المشرع فى كل ما يثار حول هذا الموضوع من خلاف بصدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، إذ قضى فى المادة السابعة منه أنه «لا يؤثر فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة (وهى الخاصة بتطبيق شريعة غير المسلمين) تغيير الطائفة والملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى ، إلا إذا كان التغيير إلى الاسلام فتطبق الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذا القانون » (وهى الخاصة بتطبيق الشريعة الاسلامية) . ومن هذا يتضح أن المشرع قد وقف عند وقت رفع الدعوى وجعله الوقت الذى يتحدد فيه القانون الواجب التطبيق ، لأنه ينظر فيه إلى اتحاد الخصوم أو اختلافهم من حيث الطائفة والملة : فاذا كان الخصوم متحدين فى الطائفة والملة وقت رفع الدعوى طبقت شريعتهم ، وإلا طبقت الشريعة الاسلامية . ومعنى ذلك أن كل تغيير يطرأ بعد نشوء العلاقة ينتج أثره طالما أنه كان قبل **رفع الدعوى** . أما بعد رفع النزاع إلى القضاء ، فلا أثر للتغيير الذى يطرأ من حيث تحديد الشريعة الواجبة التطبيق ، اللهم إلا إذا كان التغيير أثناء سير الدعوى إلى الاسلام . إذ فى هذه الحالة يعتد به ، فتطبق الشريعة الاسلامية . هذا هو حكم القانون فى تحديد الوقت الذى ينظر فيه إلى اتحاد الطائفة والملة[1] .

---

(١) وهذا هو ما يسلم به غالبية الشراح فى الوقت الحاضر : أنظر : جميل الشرقاوى (ط ١٩٥٩ — ١٩٦٠) ص ٣٥ . عبد الودود يحيى ، السابق ص ٦١ . إيهاب اسماعيل : أصول الأحوال الشخصية ، السابق بند ٧٢ ص ١٢٦ . ولكن البعض (احمد سلامة —

وقد عرض الأمر على القضاء بعد إلغاء المجالس الملية ، فقضت محكمة القاهرة الابتدائية فى استئناف رفع إليها عن حكم صادر من محكمة شبرا الجزئيـة بأن العبرة فى اتحاد الخصوم من حيث الطائفة والملة هو بوقت رفع الدعوى ، وكانت المحكمة الجزئية قد قضت بغير ذلك مقررة أن العبرة فى اتحاد الخصوم من حيث

= طبعة ١٩٦٢) إذا كان يسلم بوجهة نظر القانون من الاعتداد بمرحلة رفع الدعوى (بند ١١٨ من مؤلفه) ، إلا أنه يرى أنه من الناحية النظرية البحتة ينبغى الاعتداد بمرحلة نشوء العلاقة بالنسبة لشرط الاتحاد فى الطائفة والملة (ص ٣٢٤) وهو يرى أن محكمة النقض تؤيد هذا النظر . واستند إلى أحد أحكامها فى ٢٦ نوفمبر ١٩٥٤ . ولـكن الواقع أن ما عرض له الحكم السابق ، بصفة أساسية ، كان إثبات تغيير الملة والطائفة (وقد أوردنا الحكم المذكور فى هذا الصدد عند كلامنا عن إثبات الاتحاد فى الطائفة والملة ص ٢٠٣ هامش ٢ من الطبعة الأولى لهذا الكتاب) . إذ لم تقتنع المحكمة بتغيير الزوجة لطائفتها وملتها عن طريق الشهادة التى قدمتها ، مما جعل المحكمة تقرر أن هذا التغيير لا أثر له ، وأن الزوجين لازالا متحدين فى الطائفة والملة ، نظرا لأن الزوجة كانت قد انتمت قبل زواجها إلى طائفة زوجها ، ويؤكد عدم اعتراف المحكمة بالشهادة التى قدمتها الزوجة لاثبات أنها صارت قبطية أرثوذكسية ما جاء فى الحكم من أن الزوجة «قدظلت حتى بعد نشوب الخلاف بينها وبين زوجها تعتبر نفسها من طائفة الكاثوليك ، والتجأت فعلا إلى مجلس ملي الاقباط الكاثوليك ورفعت دعواها أمامه بطلب الحضانة والنفقة » ، كما أن الشهادة المذكورة « تناقض الثابت بالاوراق من انتمائها إلى طائفة زوجها ، ولايبين منها متى وكيف انتمت إلى طائفة الأرثوذكس ..» وواضح منهذا أنما وجهت إليه المحكمة اهتمامها هوأن تغيير الطائفة والملة الذى ادعته الزوجة لم يثبت لديها ، وأنه لو ثبت لتغير مجرى الأمور ، ولاعتبرت الزوجة مختلفة مع زوجها فى الطائفة والملة ، ولما نظر إلى اتحادهما فيها وقت الزواج

ولهذا فانه متى ثبت تغيير الطائفة والملة على وجه يقينى كما سنرى عند إثبات الاتحاد فى الطائفة والملة فيما يلى (انظر ما يلى بند ٦٣) فانه يعتد به طالما كان قبل رفع الدعوى . ولاينبغى الوقوف لدى وقت قيام العلاقة لمعرفة القانون الواجب التطبيق لأن هذا يعنى عدم الاعتراف بالتغيير الطارىء وهو ما يتنافى مع حرية العقيدة . وخاصة متى تم هذا التغيير على الوجه المطلوب . والواقع أن ما تنظر إليه محكمة النقض فى هذا الصدد . وفى أحكام أخرى غير الحكم المشار إليه ، إنما هو معرفة ما إذا كان هناك اتحاد بين الخصوم حتى يثبت الاختصاص لمجالسهم الملية فيما مضى . والبحث عن هذا لاتبدو أهميته إلا عند رفع النزاع أمامها . فتى ثبت الاتحاد فى هذا الوقت ثبت الاختصاص للجهة التى كان يتبعها الخصوم=

الطائفة والملة هو بوقت الزواج ، فطالما أن الزواج كان قد عقد أمام طائفة الأقباط الأرثوذكس فان هذا يكفي للقول باتحادهما من حيث الطائفة والملة ، وبالتالي تطبق شريعتهما . ولكن المحكمة الاستئنافية ألغت هذا الحكم مقررة أن العبرة في النظر إلى اتحاد الطائفة والملة هو بوقت رفع الدعوى ، وقد ثبت للمحكمة أن الزوجين في هذا الوقت كانا مختلفين ، إذ كانت الزوجة من طائفة الأقباط الأرثوذكس وكان الزوج قد انتمى إلى طائفة الانجيليين [١] .

وعلى ذلك فان مايعتد به من حيث الطائفة والملة هو وقت رفع الدعوى . ولا يعتد بالتغيير اللاحق على هذا الوقت . مالم يكن التغيير إلى الاسلام ، على النحو الذي بينه المشرع . وقد وضع المشرع بهذا حداً لما ثار من خلافات حول مدى الاعتداد بالتغيير في الديانة أو المذهب أو الطائفة إذا ماطرأ بعد قيام الرابطة بين الأفراد ، لما كان يترتب على ذلك من نتائج سواء من حيث الاختصاص القضائي أو من حيث الاختصاص التشريعي . ولذلك يهمنا أن نبين هنا ماظهر في هذه المناسبة من آراء ، حتى نتبين مدى صلة تلك الاتجاهات بالوضع الذي أخذ به المشرع في القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ « وسنتكلم فيما يلي

= (أو طبقت شريعتهم الدينية متى توافرت الشروط الاخرى في الوقت الحاضر) . ولايهم ما إذا كان الخصوم متحدين وقت الزواج أم لا . وبالتالي فاننا لاننظر إلى هذا الوقت ، وإنما ننظر إلى وقت رفع النزاع أمام القضاء . ويؤيد البعض هذا النظر ، فيقول جميل الشرقاوي (ط ١٩٥٩ — ١٩٦٠) السابق ص ٣٥ هامش ٢ « وكان اشتراط الاتحاد قبل قانون ١٩٥٥ يقصد به إلى تحديد الاختصاص القضائي بمنازعات الاحوال الشخصية ، ولذا فانه لم يكن من المتصور أن يكون الاعتداد باتحاد الدين والمذهب والطائفة إلا في وقت رفع الدعوى التي يراد تحديد الاختصاص القضائي بها » . وانظر كذلك بند ٥٣ فيما يلي .

(١) أنظر محكمة القاهرة في القضية رقم ١٥٩٦ كلي سنة ١٩٥٦ — وقد أشار إليه إيهاب اسماعيل، المرجع السابق ص ٣٠ ، وانظر أيضا : صالح حنفي ، المرجع ج ١ ، ص ٢٧٤ . ومحكمة المنيا الابتدائية في ١٠ ابريل ١٩٥٨ رقم ٧ س ١٩٥٨ في خفاجي ورابح ص ١٧٦ رقم ٢٠ .

عن تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة ، ثم نبحث ماثار حول هذا الموضوع من آراء ، وذلك قبل أن نتكلم عن الوضع فى ظل القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

٥١ — تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة : لاتتخذ الأمور مجرى واحداً بالنسبة للعلاقات التى تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية . فقد تنشأ العلاقة بين أفراد متحدين من حيث الديانة والمذهب والطائفة ، ثم يزول هذا الاتحاد على أثر تغيير أحدهم ديانته أو مذهبه أو طائفته . فكثيرا مايحدث أن يغير الشخص ديانته إلى ديانة أخرى أو مذهبه إلى مذهب آخر ... وقد يكون ذلك عن رغبة حقيقية فى اعتناق الديانة أو المذهب الجديدين ، كما قد يقصد به فقط التخلص من الالتزامات التى تفرضها عليه ديانته السابقة أو مذهبه السابق ، ولكى يستفيد بذلك من الرخص والحقوق التى يمكنه الحصول عليها فى ظل الوضع الجديد ، إذ قد يباح له مالم يكن فى استطاعته أن يعمله فى ظل وضعه الأول . من ذلك مثلا أنه قد تقوم علاقة زوجية بين كاثوليكيين ، ومن المعروف أن المذهب الكاثوليكى لايجيز الطلاق ، بل هناك فقط مايسمى بالانفصال الجسمانى ، فاذا أراد الزوج التخلص من رابطة الزوجية فى هذه الحالة فانه يغير ديانته أو مذهبه ، حتى يستطيع أن يطلق زوجته فى ظل الوضع الجديد ... وهكذا . وبذلك يبدو أن تغيير الديانة فى هذه الحالة إنما كان بدافع التخلص مما تفرضه شريعة معينة للاستفادة مما تخوله شريعة أخرى . وبهذا يستطيع من يغير ديانته أو مذهبه ... أن يعدل بارادته من القواعد التى كان يخضع لها عن طريق تغيير الاختصاص التشريعى . وفى هذا ماقد يمس حقوق الطرف الآخر . وقد يكون الغرض الوحيد من التغيير هو التحايل على الخلاص من الوضع السابق ، فيتم التغيير بقصد استبعاد الشريعة التى كانت تحكم العلاقة من قبل ، والتحايل على الخلاص منها . على أنه إذا كان فى التغيير مايمس حقوق الطرف الآخر ، أو إذا كان قد

تم بقصد الخلاص من الأحكام التى يفرضها الوضع السابق ، فان التغيير ، إلى جانب هذا وذاك ، قد يكون — كما قدمنا — عن رغبة حقيقية فى اعتناق الديانة الجديدة أو الدخول فى المذهب الجديد .

إزاء كل هذه الاعتبارات التى تثور بصدد تغيير الديانة أو المذهب ... ثار الجدل حول هذا الموضوع ، هل يعتد بمثل هذا التغيير أو لا يعتد به، وإذا كان هذا أو ذاك ، فالى أى مدى يكون الاعتداد به . كل هذه أمور ثارت حول هذا الموضوع ، يهمنا أن نعرض لها ونبين ما كان بشأنها ، سواء قبل صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أم بعد صدوره . فتغيير الديانة أو المذهب يتصل بفكرة الحقوق المكتسبة ، كما يتصل بفكرة النظام العام وبفكرة الغش نحو القانون .

على أنه يترتب على تغيير الديانة أو المذهب ... آثار قانونية . وفى ظل الوضع السابق على توحيد جهات الاختصاص فى مسائل الأحوال الشخصية وإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية كان للتغيير آثاره من حيث اختصاص جهات القضاء الملى ، فقد كان اختصاص تلك الجهات معقودا باتحاد الخصوم من حيث الديانة والمذهب والطائفة . وإذا كانت المجالس الملية قد ألغيت ، ولم يعد لهذا الأمر أهميته التى كانت له من قبل من حيث الاختصاص القضائى ، فان النزاع لازال يثور أمام دوائر الأحوال الشخصية فى المحاكم العادية الآن ، بعد ضم قضاء الأحوال الشخصية إليها ، عن مدى اختصاص تلك الدوائر بمسائل الأحوال الشخصية ، إذا ما اختلف الخصوم من حيث الديانة أو المذهب أو الطائفة . هذا من جهة . ومن جهة أخرى ، فان تغيير أحد الخصوم لديانته أو مذهبه أو طائفته يترتب عليه تغيير الاختصاص التشريعى ، إذ أن شرائع غير المسلمين — كما قدمنا — لا تطبق إلا فى حالة اتحاد الخصوم من حيث « الطائفة والملة » كما ينص

القانون . وسنعرض لكل هذه المسائل فيما بعد [١] . ولنبين الآن ماثار حول تغيير الديانة والمذهب من آراء قبل صدور القانون ٤٦٢ ، ثم نبين الحكم فى ظل هذا القانون . وإذا كنا نعرض لبحث ماثار حول الموضوع قبل صدور القانون ، فان لهذا أهميته الآن حتى بعد صدور القانون ٤٦٢ ؛ إذلا يزال الخلاف بين وجهات النظر حول بعض المسائل قائما . ولهذا تبدو أهمية الوقوف على الحلول السابقة على القانون حتى تعيننا على تفهم الحل الذى أخذ به القانون ، ولنتبين إلى أى مدى أخذ القانون بالحلول السابقة على صدوره .

٥٢ – أولا : الحلول التى قيل بها قبل صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ :
لما كان تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة يرتب آثاراً من حيث القواعد الواجبة التطبيق على العلاقات بين الأفراد ، كما كان يرتب آثارا من حيث الاختصاص القضائى فى ظل المحاكم الملية ، على ماقدمنا ، فقد تعددت الآراء فى شأن النظر إلى مايترتب على هذا التغيير من آثار . فمن قائل إن التغيير الذى يطرأ بعد قيام العلاقة لايؤثر على القواعد التى كانت تحكم هذه العلاقة وقت نشوئها ، وذلك احتراما لما اكتسبه الطرف الآخر ، الذى بقى على حاله ، من حقوق . وهذا هومذهب القائلين باحترام الحقوق المكتسبة . ومن قائل بأن التغيير الذى يطرأ بعد قيام العلاقة يجب الاعتداد به احتراما لحرية الأشخاص فى العقيدة ، وتبعا لذلك تطبق قواعد الشريعة الجديدة ، فحرية العقيدة مسألة تمس النظام العام . ومن قائل أخيرا ، بأنه إذا كان التغيير بقصد التهرب من أحكام القانون السابق والاضرار بالطرف الآخر ، فانه لايعتد به فى هذه الحالة ، إذ

---

(١) أنظر حامد زكى : مسائل فى القانون الدولى الخاص : تغيير الديانة واثاره ، مجلة القانون والاقتصاد س ٥ ص ٣٠١ وما بعدها .
ثم يراعى أن هناك نتائج عملية تترتب على ماإذا كان تغيير الديانة أو المذهب مسموحا به أو غير مسموح . أنظر فى هذه النتائج ص ٣١٢ – ٣١٣ من المرجع السابق .

أنه يكون قد تم تحايلا على القانون ، فيرد على المتحايل قصده . وهذه هى نظرية الغش نحو القانون. ومن ذلك يتبين ما يحكم موضوع تغيير الديانة والمذهب والطائفة من اعتبارات .

٥٣ ـ (١) **اعتبار الحقوق المكتسبة** : أما بالنسبة إلى الاعتبار الأول ، فقد قيل إن تغيير أحد طرفى العلاقة القانونية لديانته أو لمذهبه من شأنه أن يمس الحقوق المكتسبة للطرف الآخر كما يمس بشريعة العقد . ذلك أن أحد طرفى العلاقة التعاقدية لا يمكنه وحده أن يتحلل بارادته المنفردة من التزاماته الناشئة عن عقد الزواج الذى أبرم فى ظل ديانة معينة أو مذهب معين ، ارتضى الطرفان الخضوع لقواعدها ، وتحددت بموجب العقد حقوق كل من الطرفين وواجباته فى ظل تلك الديانة أو هذا المذهب . ومن ثم لا يجوز لأى من الطرفين التحلل من تلك القواعد بانتقاله إلى ديانة أخرى أو مذهب آخر ، يبيح له ما كان محرما عليه من قبل . ومعنى ذلك أن الطرفين يظلان ملتزمين بالحكم الذى دانا به معا فى العقد ، لأن هذا هو ما انصرفت اليه ارادتهما وقصدهما المشترك حين العقد . وهذه الفكرة تطبيق للقاعدة القائلة بأنه إذا تم العقد ، فانه لا يجوز لأحد طرفيه أن يعدل فيه بارادته المنفردة . إذ من القواعد المقررة ـ كما قيل ـ « أن العقد شريعة المتعاقدين ، وأن كل عقد تحت سلطان شريعة ما يبقى طرفى العقد خاضعين لأحكام تلك الشريعة ، مهما حاول أى طرف الهروب من هذا الاختصاص بالالتجاء لشريعة أخرى للاحتماء بها فى سبيل معاكسة الطرف الآخر »[١] .

---

(١) ورد هذا فى حكم أحد المجالس الملية ، مشار إليه ضمن حكم لمحكمة الاستئناف ، مذكور بمناسبة حكم النقض فى ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ ، مجموعة عمر جزء أول ص ٥٧

وقد استمد هذا الرأى الذى نحن بصدده من قاعدة طبقتها لجنة شكلت سنة ١٩٢٠ للفصل فى الأحكام المتعارضة التى كانت تصدر من المحاكم الشرعية والمجالس الملية ، وقد سميت هذه القاعدة بقاعدة « عقد الزواج » ومبناها : أن الزواج حين عقده على مذهب طائفة ، يرتضى الزوجان أحكام قانون هذه الطائفة شريعة لهما يعرفان حقوقهما وواجباتهما ، ولا يجوز لأحد الزوجين أن يغير هذا القانون بارادته وحده ، ويبدل فى واجباته وفى حقوق الطرف الآخر بالانتقال إلى مذهب آخر أو إلى ديانة أخرى ، تبيح له ما كان حراما فى مذهبه الأول أو فى ديانته الأولى»[1] .

وقد أيد جانب من الفقه هذا الرأى[2] ، كما أيدته بعض أحكام المحاكم[3] .

---

(١) أحمد صفوت ، المرجع السابق ، ص ٤٧

(٢) أنظر ، بطرس كساب ، السابق ، ص ٩٦ والمراجع فى هامش رقم ١ وكذلك ص ١٠١ وما بعدها ، وعبد المنعم رياض ، المرجع السابق فقرة ٢١٨ ص ١٧٨ . ويرى الدكتور كساب (السابق فقرة ٩٢) أن تطبيق شريعة العقد لايقوم مباشرة علي أساس اختيار الزوجين إياها وارتباطهما بهاعلي الدوام، لأن الزواج فى نظره ليس عقداعاديا تسود فيه الارادة، وإنما يأتى بطريق مايسميه «دفع حكم المذهب الآخر» لأن الزوجين لم يدينا به معاً، فلايتعدى إلى الأجنبى عنه .

هذا وقد استمدت النظرية التى نحن بصددها من القانون الدولى الخاص ، تمشيا مع الفكرة القائلة بدوام تنظيم الزواج بنفس القانون دون تعديله ولو تغيرت جنسية أحد الطرفين ، على أساس أن الزواج منعقد باتفاق الطرفين ، فيرتب اثاره ، أسوة بباقى العقود التبادلية ، فى ظل القانون الذى ساد ابرام العقد ، ويكتسب كلا الطرفين حقا ثابتا فى بقاء النظام عينه ، لايستبدل به غيره إلا باتفاقهما كذلك . (كساب ، السابق ، ص ٩٩) .

(٣) أنظر المرجع السابق ، نفس الصفحة والأحكام المشار اليها فى الهامش رقم ٢ . وانظر أيضا استئناف مصر الاهلية فى ٣١ أبريل سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية س ٦ رقم ١٥ ص ٣١ ، وكذلك ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٩ ، المجموعة الرسمية س ٢١ رقم ٤٢ ص ٦٨ . وقد جاء فى الحكم الأول أنه «يتعين اختصاص المحكمة بحسب حالة الخصوم فى الدعوى عند رفعها. فاسلام قبطى كانت رفعت عليه دعوى فى البطركخانة لا يؤثر على اختصاص البطركخانة ، متى أخذ=

إلا أن تطبيق فكرة الحقوق المكتسبة فى نطاق الزواج بصفة خاصة ، ومسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة ، لم تسلم من النقد . فنظرية الحق المكتسب لا تحظى بقبول في هذا الصدد . ذلك أن الزواج وإن كان عقداً ، إلا أنه ليس كسائر العقود المعروفة فى القانون المدنى ، انه نظام قانونى (Institution légale) ، يختلف عن الاتفاقات الأخرى من حيث ضعف الدور الذى تقوم به الارادة ، سواء فى تكوينه أم فى تحديد آثاره وأوصافه أم فى طرق انحلاله، فدور الارادة فى كل هذه الأمور محدود لا يصل إلى الدور الذى تقوم به فى نطاق العقود الأخرى . إذ قد نظمت شروط انعقاده ـ فيما عدا شرط التراضى ـ بأحكام آمرة لا تملك الارادة سوى الاذعان لها . ثم إن القانون ينظم الحقوق والواجبات التى تنشأ عنه ولا اختيار للزوجين فى ترتيبها ، كما أنهما لا يستطيعان تحديد أجل معين لحياتهما الزوجية ، ولا الاتفاق على شروط هذه الشركة الأدبية بينهما أو تصفيتها [1] .

= من كل ظروف الدعوى أن هذا التغيير و الحالة الشخصية إنما حصل هربا من هذا الاختصاص » . والحكم كما هو ظاهر صادر قبل توحيد جهات القضاء الملى ، وقد كان لتغيير الديانة أثره من حيث الاختصاص القضائى . كما جاء فى الحكم الثانى أن : « من المبادىء المقررة أن العقد الذى تم تحت سلطان قانون يبقى خاضعاً لهذا القانون فى كل ما يترتب عليه، حتى ولو أصبح أحد المتعاقدين فيما بعد غير خاضع لأحكامه ... » . فاذا « غير قبطى أرثوذكسى مذهبه بعد زواجه بقبطية أرثوذكسية يبقى قانون الأحوال الشخصية للاقباط الأرثوذكس سارياً على العلاقات الزوجية (وبالاخص ما يتعلق منها بالتزام الزوج بدفع نفقة زوجته) ، والمجلس الملى للاقباط الأرثوذكسيين هو المختص دون غيره بالفصل فى المنازعات التى تقوم بين الزوجين » . وانظر كذلك ما جاء فى حيثيات هذا الحكم الأخير . وانظر حكما آخر صادرا من المحاكم المختلطة فى ٣ فبراير سنة ١٩٢١ ، المحاماة س ٣ رقم ٢٣٠ ص ٣٠٤ . وقد تقرر فى هذا الحكم الأخير أن الزواج خاضع فى عقده وفى فسخه إلى القواعد العامة ، والعقد إذا انعقد لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يدخل فيه تعديلا بتغيير جنسيته أو بتغيير دينه ليكره الطرف الاخر على قبول قانون أو شريعة لم يقبل أحكامها من قبل وقت التعاقد .

(١) أنظر بطرس كساب : السابق ، فقرة ٨٩ ص ٩٩ وما بعدها ، وكذلك فقرة ٢٧٠ =

وإذا كان دور الارادة فى « عقد » الزواج يتحدد بصفة عامة على النحو السابق ، فان هذه الارادة لا تملك سلطة واسعة كذلك فى الشريعة المسيحية أوفى الشريعة الموسوية ؛ فتعاليم المسيحية بعيدة عن أن تجعل من الزواج عقداً عاديًا، ويبدو هذا بصفة خاصة فى منع بعض المذاهب المسيحية ــ كالمذهب الكاثوليكى ــ للطلاق مطلقاً ، وجعل العقد غير قابل للانحلال ، وفى تحديد الأسباب التى ينحل بها الزواج على سبيل الحصر فى المذاهب الأخرى . والأمر كذلك بالنسبة للشريعة الموسوية ؛ فالزواج أيضاً ليس كسائر العقود الأخرى ، وحق الزوج فى هذه الشريعة مقيد فى ايقاع الطلاق بشرط المسوغ الشرعى ، وقد قيده الكتاب بقوله «إذا أخذ رجل امرأة وتزوج بها فان لم تجد نعمة فى عينيه لأنه وجد بها عيب شىء وكتب لها كتاب طلاق ، ودفعه إلى يدها وأطلقها من بيته . . . »[1] ؛ وإن كان الخلاف قد ثار بين القرائين والربانيين حول ما يعتبر مسوغا يجيز الطلاق[2] . هذا فضلا عن تقييد الطلاق عندهم باشتراط إجرائه أمام الهيئة الشرعية[3] .

وإذا كان الأمر كذلك فإنه يصعب اعتبار الزواج عقداً يلزم الطرفين

= وما بعدها . هذا فضلا عن اتجاه المشرع عندنا فى نطاق التنظيم القانونى لتنازع القوانين إلى عدم اعتبار الزواج علاقة عقدية ، ولهذا لايخضع الزواج من حيث انعقاده وآثاره لقانون العقد (مادة ١٩ مدنى) ولكنه يخضع لقانون الجنسية (مادة ١٣) . وانظر فيما يلى حكم النقض فى ٢٢ مايو ١٩٥٤ بالمتن فى نهاية البند) .

(١) سفر التثنية ، الاصحاح ٢٤ الاية الأولى وما بعدها .

(٢) أنظر فى هذا : مراد فرج ، القراؤن والربانون ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ ؛ وشعار الخضر، السابق ص ١٢٦ وما بعدها . وانظر كذلك بطرس كساب ، فقرة ٨٠ ص ٩١

(٣) نصت المادة ٣٣٦ من كتاب الأحكام الشرعية لابن شمعون ، على أنه « لا يصح الطلاق شرعا إلا أمام السلطة الشرعية بوثيقة بحضرة شاهدين » . وانظر بالنسبة للقرائين كذلك : شعار الخضر ص ١٢٩ وهامش ١ .

باتباع نفس النظام المتفق عليه ، بصرف النظر عما يطرأ عليهما من تغيير . فالزواج نظام قانونى والقواعد التى تحكم الزواج ، بل ومسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة ، تتعلق بالنظام العام ، إذ القواعد القانونية التى تتكون منها هذه المسائل إنما هى قواعد آمرة ، فلا يمكن القول بقيام حقوق مكتسبة إزاءها ، إذ من المسلم به أن نظرية الحق المكتسب تنتهى حيث تبتدىء القواعد المتعلقة بالنظام العام [1] . ولهذا ، لا يصح القول بصفة مطلقة أن مسائل الأحوال الشخصية تعتبر محلا لترتيب حقوق مكتسبة لا يمكن المساس بها عن طريق تغيير الديانة أو المذهب .

على أنه ينبغي أن يراعى فى صدد الاستناد إلى قانون العقد والتمسك بالحقوق المكتسبة التى ينشئها ، أن هذه الحجة إذا قامت بصدد الزواج ، باعتباره «عقدا»، كما يقولون ، فانها لا تقوم بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية الأخرى التى ليس لها شبهة تعاقدية ، كالقرابة مثلا ، ولهذا فإن الاستناد إلى قانون العقد يعتبر حجة قاصرة من هذه الناحية .

ويراعى من جهة أخرى أن الدساتير قد كفلت للأفراد حرية العقيدة ، وفى حرمان الشخص من النتائج التى تترتب على تغيير ديانته أو مذهبه ما يتعارض مع تلك الحرية ، وهى لم تضمن لدين واحد فقط بل إن هذه الحرية ، مكفولة بالنسبة لسائر الأديان والمذاهب . ولا يمكن القول بأن يظل الشخص مرتبطاً إلى شريعة معينة طوال حياته حتى ولو غيرها ، وإلا كان فى هذا مصادرة لحريته فى اعتناق ما يرغب أن يدين به [2] .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى : حلمى بطرس ، المرجع السابق ، ص ٥٠-٥١ . وانظر أيضا : حامد زكى ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٥ ص ٣١٤ — ٣١٥

(٢) إهاب اسماعيل ، المرجع السابق ، ص ٩٣ .

هذا ولا يفوتنا أن نبين موقف القضاء من فكرة الحقوق المكتسبة فى هذا الصدد . فقد قررت محكمة النقض أنه « ليس للزوجة قانونا التحدى بحق مكتسب فى أن تطلب التطليق وفقاً لأحكام القانون الذى أبرم عقد الزواج تحت سلطانه ، لأن عقد الزواج - على الرأى السائد فى فقه القانون - لا يكسب أيا من الزوجين، فيما يختص بالطلاق أوالتطليق ، حقاً مستقراً لا يتأثر بما قد يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر فى هذا الخصوص . وقد أيد المشرع المصرى هذا النظر فيما سنه من قواعد لتنازع القوانين وذلك بما قرره فى المادة ١٣ من القانون المدنى »[١] .

هذه هى فكرة الحقوق المكتسبة بصفة عامة ، وما يوجه إليها من نقد فى هذا الصدد .[٢]

٥٤ - (٢) **اعتبار النظام العام** : أما عن الاعتبار الثانى الذى يحكم موضوع تغيير الديانة أو المذهب ، فهو اعتبار النظام العام . وقد رأينا أن القائلين بهذه الفكرة يقررون أن حرية الاعتقاد مكفولة ، وكفالتها من النظام العام ، وأن للشخص أن يغير ديانته أو مذهبه أو طائفته ، ويترتب على مثل هذا التغيير آثاره من حيث القانون الواجب التطبيق . إذ يكون - طبقاً لهذا الرأى - لمن غير ديانته أو مذهبه . . . أن يستفيد من هذا التغيير ، فتسرى تبعاً لذلك أحكام الديانة الجديدة أو المذهب الجديد ، وذلك دون مراعاة لما اكتسب من حقوق

---

(١) نقض فى ٢٢ من مايو ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى س ٥ عدد ٣ رقم ١٥ ص ٦٨٧ ؛ وانظر أيضا نقض فى ٣ ديسمبر ١٩٣٦ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما حتى آخر ديسمبر ١٩٥٥ جزء أول ص ١١٨ قاعدة رقم ٨ . وانظر حكما حديث لمحكمة النقض فى ٣٠ يناير ١٩٦٣ مجموعة المكتب الفنى س ١٤ العدد الأول رقم ٢٤ ص ١٨٩ .

(٢) انظر أيضا البند التالى .

فى ظل الوضع الأول الذى نشأت الرابطة أو العلاقة فى ظله ، بل ودون بحث عما إذا كان هذا التغيير قد قصد لذاته ، أى كان عن عقيدة واقتناع بأفضلية الوضع الجديد ، أم لم يكن كذلك ، حتى ولو قصد به الغش والتهرب من الوضع السابق وما يفرضه من التزامات وقيود . فالباعث على التغيير فى هذه الحلة لايهم كما لايهم كذلك الوقت الذى تم فيه التغيير ، سواء تم ذلك قبل قيام النزاع ورفع الدعوى أو فى أثناء السير فيها . ولايهم أيضا ما إذا كان التغيير إلى الاسلام أو إلى غير الاسلام [1] .

وقد تأيد هذا الرأى بأحكام كثيرة صدرت من المحاكم على اختلاف درجاتها [2] ، ومن ذلك أنه قضى بأن: «حرية الاعتقاد مكفولة ، لكل شخص، فله أن يغير مذهبه أو طائفته ، ويكون خاضعا لحكم مذهبه الجديد فقط متى توافرت الاجراءات الخارجية لالتحاقه بهذا المذهب ، وليس للقضاء أن يبحث عن صحة اعتقاده الجديد أو الباعث له على اعتناق هذا المذهب » [3] .

كما حكم أيضا بأنه « لا يقبل الطعن فى إسلام شخص ونسبة التحايل إليه فى اعتناق الدين الاسلامى ، مادام أنه قد أشهر إسلامه فى حدود الأجراءات التى يتطلبها القانون . وهذا الرأى قد استقرت عليه أحكام القضاء الوطنى ، ومن

---

(١) انظر فى هذا : احمد عبد الهادى ، مجلة القانون والاقتصاد، س٥ ، ص١٣ وما بعدها ، وخاصة ص ١٨ ، وأنظر أيضا : احمد أبو الوفا ، المرافعات ، الطبعة ٤ فقرة ٢٣٩ ص ٢٩ — ٢٩٢ ، إهاب اسماعيل ، السابق ، فقرة ٤٧ وما بعدها .

(٢) أنظر مقال عزيز خانكى بمجلة المحاماة س ٢٠ ص٨٥٨—٨٦٦ بعنوان « تغيير الدين أو الملة أو المذهب وأثره فى كيان الأسرة » ، وقد أشار إلى أحكام متعددة فى هذا الصدد وخاصة فى ص ٨٦٠ — ٨٦٢ .

(٣) محكمة الاسكندرية الابتدائية الشرعية ، فى ٤ — ٩ — ١٩٢٨ (مشار إليه فى المرجع لصالح حنفى جزء ١ ص١٨ . وانظر كذلك محكمة الوايلي الجزئية فى ٢٨ أكتوبر ١٩٥٢ ، صالح حنفى جزء ٢ رقم ٢٩٧ ص ٢٢٦ .

قبله أحكام المحاكم المختلطة »[1] .

هذا وقد قضت محكمة مصر الكلية فى حكم لها بهيئة استئنافية بأنه « ولو أن الفقهاء يقررون أن الاسلام هو إيمان بالجنان وإقرار باللسان ، إلا أنهم على اتفاق فى أن الايمان صلة بين الشخص ومولاه لا يطلع عليه سواه ، وأنه يجب اعتبار الشخص مسلما تجرى عليه كافة الأحكام الدنيوية الخاصة بالمسلمين إذا أقر باعتناقه الاسلام دينا . ويرجع ذلك إلى قوله تعالى « ولا تقولوا لمن ألقى إليكم السلام لست مؤمنا » ، ولذلك كان النبى عليه الصلاة والسلام يقبل ظاهر الاسلام من المنافقين » . وفى المأثور أنه قال مستنكراً لرجل طعن فى صحة إسلام آخر : « هل شققت قلبه ، » ... أما حكمة ذلك فظاهرة . إذ من العبث تحليل الدوافع التى حدت بالشخص لاعتناق دين من الأديان وتقصى الظروف التى أحاطت بمثل هذا الحادث ، إذ لا جدال أن لكل من هذه وتلك شتى الصور والملابسات ، ما دامت هذه البواعث والظروف قد انتهت بالشخص إلى الترجيح فالاختيار ، كما أنه يكون فى أغلب الأحيان من التورط فى إثم سوء الظن الجرى وراء شبهات خادعة للطعن فى عقيدة الشخص والانتقاص من إيمانه ... »[2] .

وأخيراً فان محكمة النقض قد انتهت إلى الأخذ بهذا الرأى الذى يرتب على تغيير الديانة أو المذهب أثره ، بغض النظر عن البواعث التى دفعت إلى هذا التغيير ، فقررت أن « الاعتقاد الدينى مسألة نفسانية فلا يمكن لأية جهة قضائية

---

(١) استئناف القاهرة فى ١٢ يونيه ١٩٥٢ ، المحاماة س ٣٦ رقم ٤٣٦ ص ٩٠٠ ؛ وانظر أيضا محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ ديسمبر ١٩٢٣ ، البلتان س ٣٦ ص ٨٨

(٢) أنظر حيثيات حكم محكمة مصر الكلية الصادر فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٤ وهو منشور ضمن حكم النقض الصادر فى ٢٤ يناير ١٩٣٥ ، مجموعة عمر ، جزء أول رقم ٢٢٤ ص ٥٦٧ وما بعدها . وانظر أيضا ما أشار إليه الحكم من أحكام فى هذا المعنى ، وعلى وجه الخصوص ص ٥٧٨ ، ٥٧٩ .

البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية فقط . فاذا ما غير شخص دينه أو مذهبه رسميا فانه من وقت هذا التغيير لا يعتبر خاضعا إلا لأحكام الدين أو المذهب الجديد .

ولا ينبغى للقضاء أيا كانت جهته أن ينظر إلا فى توافر المظاهر الخارجية الرسمية لاعتناق هذا الدين أو المذهب . فاذا وجدها متوافرة وجب عليه قصر بحثه على النتائج المترتبة على هذا التغيير طبقا لأحكام الدين أو المذهب الجديد. وإذن فلا يصح التحدى من أحد الزوجين قبل الآخر بأن له حقا مكتسبا فى استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقا للقانون الذى كان يحكم به قبل تغيير الزوج الآخر مذهبه» [١]

هذا ، وقد رأى البعض [٢] أن محكمة النقض فى سبيلها إلى العدول عن رأيها فى أن الاعتقاد الدينى مسألة نفسية فلا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية... واستندوا فى ذلك إلى حكم حديث صادر سنة ١٩٥٥ جاء فيه أن قضاء هذه المحكمة قد جرى « على أن جهة تحرير عقد الزواج لا يمنح الجهة التى حررته اختصاصا قضائيا ، بل العبرة فى ذلك باتحاد مذهب طرفى الخصومة ... وإذن فمتى كانت الزوجة المدعية قدمت ما يفيد أنها ولدت كاثوليكية لاتينية وعمدت كذلك فى الكنيسة اللاتينية وأنها ظلت على ولائها لمذهبها الكاثوليكى وفقا للشهادات الطائفية التى قدمتها ، كما ثبت أنها بعد زواجها وبعد تقريرها فى محضر الخطبة أنها أرثوذكسية ، عمدت ولدها الذى كان ثمرة هذا الزواج بالكنيسة الكاثوليكية دون اعتراض من زوجها المدعى عليه.

---

(١) نقض فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ طعن رقم ١٠٥ س ٥ ق (مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما حتى اخر ديسمبر ١٩٥٥ ؛ جزء أول ، ص ١١٨ قاعدة رقم ٨ . ومجموعة عمر . جزء ٢ رقم ١٤ ص ٣٢ .

(٢) أنظر : حلمى بطرس : المرجع السابق ، ص ٥٦ — ٥٨ .

وكان رضاء هذه الزوجة إجراء عقد الزواج أمام كنيسة الأقباط الأرثوذكس التى ينتمى إليها المدعى عليه وقبولها اتباع طقوس هذه الكنيسة ونظمها لا يفيد بذاته تغيير المذهب أو الملة ، ولا ينهض دليلا على هذا التغيير ، لأنه قد يكون المراد به مجرد تيسير توثيق العقد دون مساس بالملة أو المذهب الذى تنتمى إليه الزوجة . . . » (١)

هذا هو ما قضت به محكمة النقض وعده البعض عدولا عن قضائها السابق فى عدم البحث عن النوايا والدوافع إلى التغيير . ولكن الواقع ، كما هو ظاهر من الحكم ، أنه لا يعتد بالنوايا الحقيقية ـ كما يقال ـ وإنما هو يعرض لمسألة اثبات تغيير الديانة أو المذهب ، فيقرر أنه لا يكفى دليلا على ترك الشخص لدينه أو لمذهبه السابق مجرد رضائه باجراء الزواج أما كنيسة أخرى ، إذ قد يكون القصد من هذا الرضا مجرد تيسير توثيق عقد الزواج دون المساس بالملة والمذهب الأصلى للشخص . وقد استدلت المحكمة على عدم التغيير ، وبالتالى على عدم اتحاد الطرفين من حيث الطائفة والملة ، من الظروف الأخرى التى أشارت إليها من أن الزوجة ولدت كاثوليكية وعمدت فى الكنيسة الكاثوليكية وظلت على ولائها للمذهب الكاثوليكى حتى بعد زواجها ... فهذه ظروف تقطع بعدم تغييرها لمذهبها الكاثوليكى . ولا يكفى للتدليل على تغييرها لهذا المذهب مجرد قبولها إجراء الزواج أمام الكنيسة التى يتبعها الزوج ، لأن هذا لا يقطع بتركها لمذهبها السابق . وبمعنى آخر إن قبول إجراء الزواج ، تيسيرا لتوثيقه أمام كنيسة الزوج ، لا يعتبر فى نظر المحكمة مظهراً من المظاهر التى تقطع بوقوع التغيير ، بدليل الظروف الأخرى التى تتمسك فيها الزوجة بمذهبها الاول ، وهو

---

(١) نقض فى ٢٦ مارس ١٩٥٥ الطلب رقم ٩ سنة ٢٤ ق ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة السادسة العدد ٢ رقم ٩ ص ٤٢١ ، ومجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما حتى آخر سنة ١٩٥٥ ، جزء ١ ص ١٥٩ قاعدة رقم ١٥٣ .

المذهب الكاثوليكى . وبذلك يبدو لنا أن المحكمة لم تعدل عن قضائها السابق ، كما يرى القائلون بذلك . وقد جرى قضاء محكمة النقض ، كما سنرى بعد قليل ، وكما قالت المحكمة فى نفس الحكم الذى نحن بصدده ، على أن جهة تحرير عقد الزواج لا يمنح الجهة التى حررته اختصاصا قضائيا ، ومعنى ذلك أنه لا يعتد بالجهة التى حرر عقد الزواج أمامها ولا يعد هذا دليلا قاطعا على تغيير الشخص لطائفته أو ملته .

وقد أيدت محكمة النقض اتجاهها السابق فى عدم الأخذ بفكرة الحقوق المكتسبة وعدم تطبيق شريعة العقد ، فطبقت الشريعة الجديدة متى ثبت تغيير الديانة من الناحية الرسمية دون بحث عما إذا كان ذلك قد تم تهربا من أحكام ديانته السابقة . ذلك أنه لا يسوغ القول ببقاء الاختصاص للجهة الدينية التى كان الزوجان يتبعانها « مهما اختلفت ديانة الزوجين بعد العقد » كما تقول المحكمة . فمتى ثبت أن الشخص أسلم فان الشريعة الاسلامية هى التى تحكم حالته من هذا الوقت ، إذ القول بغير ذلك فيه « إهدار غير جائز لحقوق موضوعية ومخالفة للنظام النظام . ولا محل للقول بأن المدعى عليه لا يصح اعتباره مسلما بعد ارتداده وأنه لا يزال على دينه وانه إنما أظهر اعتناقه للاسلام تهربا من اختصاص المجلس الملى أو احتيالا للكيد للمدعية بعد ما أثبتت المحكمة الشرعية أن إسلام المدعى عليه أصبح ثابتا رسميا من تاريخ الاشهاد باشهار اسلامه ... »[1]

هذا هو الاعتبار الثانى الذى ينظر إليه فى مسألة تغيير الديانة أو المذهب وقد رأينا أنه يعتد بما يحصل من تغيير بصرف النظر عن الدوافع ودون البحث وراء النوايا ، بل ويعتد به أيضا فى أى وقت يتم . وإذا ماقارنا بين هذا الرأى

---

(١) نقض فى ٩ من يناير ١٩٥٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١٠ عدد ١ ص رقم ١ .

وبين اتجاه القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لرأينا أن هذا الأخير قد أخذ به إلى حد كبير. إذ المادة السابعة لا تقيد التغيير بأى قيد طالما كان سابقا على رفع الدعوى؛ فكل تغيير سابق على رفع الدعوى يعتد به مهما كانت البواعث الدافعة إليه ، بل انه يعتد به كذلك إذا حدث أثناء سير الدعوى ، متى كان التغيير إلى الاسلام.

وقد طبقت محكمة القاهرة الابتدائية هذا الرأى فى حكم حديث لها صدر فى ظل القانون ٤٦٢ فقالت : « إذا تبين أن طرفى النزاع وقت رفع الدعوى مختلفان فى الملة ، فلا محل للبحث وراء الدافع للزوج عن سلوكه هذا ، لأن ذلك يتعلق بشعوره النفسانى الذى فرغ من اظهاره رسميا باعتناقه مذهبا جديدا. وليس لأحد سلطان عليه . لأن الاعتقاد الدينى مسألة نفسانية محضة ، لايمكن لأى هيئة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الرسمية الخارجية . لأن لكل انسان مطلق الحرية فى اعتناق المذهب الذى يراه صالحا له » [1].

٥٥ ـ (٣) **اعتبار الغش نحو القانون :** يتوسط الرأى الثالث بين الرأيين السابقين . وإذا كان الرأى الأول لايعتد مطلقا بأى تغيير يطرأ بعد قيام العلاقة، والرأى الثانى يعتد بكل تغيير يترتب عليه أثره ، فان الرأى الثالث يتجه إلى الأخذ

---

(١) القاهرة الابتدائية فى ٢١ مايو سنة ١٩٥٦ ، مشار إليه فى المرجع ، صالح حنفى ، جزء ١ ص ٢٧٤ــ٢٧٥.

وانظر أيضا : محكمة المنيا الكلية فى ٢٧ مايو ١٩٥٧ رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٧ الكلى فى صالح حنفى جزء ٢ رقم ٢٥٣ ص ٢١٤ حيث جاء إن « الادعاء بصورية الاسلام لا يقدح فى سلامة الدليل المستمد من إشهار الاسلام ، إذ أنه ورقة رسمية لم يوجه لها مطعن قانونى وهو كاف فى تطبيق أحكام قواعد الشريعة الغراء ، والله المتولى السرائر » . وأنظر كذلك القاهرة الابتدائية فى ٢٧ أكتوبر ١٩٥٧ رقم ٢٧٨ س ٥٧ صالح حنفى ٢ رقم ٢٥٦ ص ٢١٦.

ومتى اتضح اختلاف الملة طبقت الشريعة الاسلامية ، ولا محل للاعتداد بقانون العقد الذى تزوج الطرفان على أساسه (أنظر القاهرة الابتدائية ٢٥/١/٥٨ رقم ٩٨١ لسنة ١٩٥٧ ، أورده خفاجى ورابح ص ٢١٨ رقم ١٨) .

بالوضع الجديد بعد التغيير ، ويرى أن تغيير الديانة أو المذهب ينتج كل آثاره؛ إلا أنه يقيد من ذلك فيستلزم ألا يكون التغيير بقصد الغش ، أى ألا يكون بقصد التحايل على القانون ، أو الغش نحو القانون (Fraude à la loi) . ذلك أنه كثيرا ما يقصد الشخص من تغيير ديانته أو مذهبه الخلاص من القيود والالتزامات التى كانت مفروضة عليه فى ظل وضعه الأول ، والاستفادة من المزايا التى يخولها له الوضع الجديد؛ ولهذا يجب التثبت من حقيقة عقيدته ، فان ثبت أنه غير دينه أو مذهبه أو طائفته من حيث المظهر فقط ، للتخلص من زوجته مثلا أو للهروب من نفقة حكم بها عليه أو لأى غرض آخر ، لا يعتد بما فعله. فاذا تزوج مسيحيان من طائفة الأقباط الأرثوذكس، ثم دب النزاع بينهما وأراد الزوج التخلص من زوجته وإنهاء العلاقة الزوجية ، لا يستطيع ذلك إلا فى حالات محدودة طبقا لشريعة الأقباط الارثوذكس ، وهى التى تحكم زواجهما . فى هذه الحالة يقوم الزوج بتغيير ديانته أو مذهبه فيعتنق الاسلام مثلا ، حتى يستطيع أن يطلق زوجته فى ظل ديانته الجديدة ، وإذا ما بحثنا عن الدافع له إلى تغيير ديانته نجد أنه كان يقصد التخلص من القيود التى تفرضها الديانة السابقة ، والافادة مما يخوله الدين الجديد من حقوق للزوج . فاذا ما ثبت للقاضى أن التغيير لم يكن عن نية صادقة فى دخول الاسلام ، بل قصد به التحايل فقط ، ينبغى ألا يعتد به ، ويطبق أحكام الشريعة التى كانت تحكم الزواج من قبل ، وهى شريعة الأقباط الأرثوذكس . هذا هو مضمون الرأى الثالث . وقد أيده جانب من الفقه والقضاء .

فقد أيد جانب من الفقه الأخذ بفكرة الغش نحو القانون . فاذا كانت نية التهرب ظاهرة ، يرد على المتهرب قصده ، إذ أن الغش يفسد كل تصرف (fraus omnia corrumpit) ، وحسن النية ينبغى أن يسود . بل إن من

قالوا بالأخذ بفكرة الغش جعلوا تطبيقها عاما ، سواء تعلق النزاع بالاحوال الشخصية أم بغيرها ؛ إذ الأمر يقوم على معرفة النية . فاذا كان سوء النية ظاهرا بطل التصرف وبطلت آثاره ،ولا يمكن مطلقا السماح بتشجيع الغش ومعاونة الاشخاص على التهرب من قانونهم الطبيعي الذى يحكم تصرفاتهم فى الأصل [1] .
ويضيف البعض إلى ذلك أن الفقهاء قد نصوا على أن الاقرار بالشهادتين مع الاعتقاد الخبيث لايصح به الاسلام ، لأن الاخلاص شرط لصحة الاسلام ، والاخلاص والصورية نقيضان لايجتمعان [2] .

ولا يصح الاحتجاج بصعوبة البحث عن النوايا والدوافع ، إذ أن المحاكم تبحث دائما فى نوايا الأفراد ، كما تبحث فى حسن النية وسوئها فى التصرفات القانونية أو فى غيرها ، فالبحث فى النوايا والدوافع إذن ليس من الأمور الغريبة على القضاء ، كما أنه أيضا ليس من الامور المستحيلة [3] .

كما أن مما يبرر التدخل للبحث عن حقيقة النوايا فى هذا الصدد ، أنه لابد من وضع حد لما يقوم به الأفراد من تغيير دياناتهم ومذاهبهم ، دون رقابة وبغير ضابط ولا رادع . فتغيير الديانة أمر هين ، وهو أهون بكثير من تغيير الجنسية؛

---

(١) أنظر بحث الدكتور حامد زكى ، السابق ، مجلة القانون والاقتصاد س ٥ ص ٣١٦ وما أشار إليه من مراجع فى هذا الصدد . وانظر كذلك ص ٣٠٨ وما بعدها .

(٢) عزيز خانكى ، مقاله السابق ، بمجلة المحاماة س ٢٠ ص ٨٦٤ — ٨٦٥

(٣) فتقدير حقيقة الدافع النفسانى يرجع فيه إلى القاضى ، وهو يهتدى فى هذا بظاهر الأمور . فاذا أفاد الظاهر وجود النية المشوبة كان الاختصاص لجهة الطائفية القديمةوكذلك لشريعتها . أما إذا أفاد الظاهر أن النية حقيقية مخلصة وجب أن تتخلى الجهة القديمة عن اختصاصها وبالتالى عن قانونها . . وإن من أهم القرائن على سوء النية هو حصول التغيير أثناء نظر الدعوى بواسطة المجلس الملى ... وكذلك يكون الحكم لو أن تغيير الديانة أتى عقب صدور الحكم بالنفقة .. » (حامد زكى ، السابق ، مجلة القانون والاقتصاد س ٥ ص ٢١ وهامش رقم ١) .

إذ كلما رغب أحد الزوجين فى الاضرار بالآخر ، ليس أهون عليه من أن يعلن تغيير ديانته أو مذهبه ، ويتم هذا بمحض مشيئته حتى يتحقق له مايريده وهذا خلافا لتغيير الجنسية ؛ فبينما نجد أن تغيير الديانة عمل انفرادى ، يقوم به الفرد وحده ، فان تغيير الجنسية يقوم على توافق ارادتين : ارادة الفرد فى اكتساب الجنسية الجديدة ، وإرادة الدولة فى منحها ، وتظهر هذه الارادة الاخيرة فى عمل سلطة (acte de gouvernement)[١]. وإزاء هذه السهولة فى تغيير القانون الواجب التطبيق على أثر تغيير الديانة بمجرد رغبة الفرد ، ينبغى أن نضع حدا لذلك بالبحث عن النوايا الحقيقية للأفراد . هذا هو مجمل مايراه الفقه فى هذا الصدد .

أما عن موقف القضاء ، فاننا إذا كنا قد رأينا موقف محكمة النقض بالنسبة للاعتداد بالديانة أو المذهب الجديدين ، وعدم رغبتها فى الدخول فى تحليل الدوافع التى حدت بالأفراد إلى عتناق دين من الأديان أو مذهب من المذاهب ، مكتفية بالمظاهر الرسمية ، كما قدمنا [٢] ، فان من أحكام المحاكم ما استباح لنفسه تقصى الدوافع التى حدت بالأفراد إلى تغيير ديانتهم أو مذهبهم ، وهى تنكر عليهم تصرفهم وترد عليهم كيدهم وقصدهم السيء ، فلا تعتد بما يرتبه التغيير من آثار ، وتقرر أن تغيير الدين إذا حصل ، لا عن عقيدة صحيحة ، بل لغرض الوصول إلى مآرب شخصية ، كان صوريا لا يترتب عليه شيء من الأحكام الشرعية والقانونية[٣] .

---

(١) حامد زكى ، السابق ، مجلة القانون والاقتصاد ، س ٥ ص ٣٢٠

(٢) أنظر البند السابق ، ص ١٩٦ وحكم النقض فى هامش ١

(٣) أنظر محكمة مصر المختلطة فى ٣ فبراير ١٩٢١ المحاماة س ٣ رقم ٢٣٠ ص ٣٠٤ ، استئناف مصر فى ٢٣ ديسمبر ١٩١٩ المجموعة الرسمية س ٢١ رقم ٤٢ ص ٦٨ ، الاسكندرية الابتدائية فى ٢١ أبريل ١٩٢٩ ، المحاماة س ٩ رقم ٤٩١ س ٨٩٥ - أنظر ما جاء فى حيثيات الحكم ، اللبان الجزئية فى ١٣ مايو سنة ١٩٣٦ ، المحاماة س ٧ رقم ٤٠٤ ص ٦٠٦ .

وقد كانت المجالس الملية تقرر لنفسها حق البحث فى الدوافع النفسانية التى تبعث على الاسلام ، ولا تعبأ بالتغيير ممن لا يبتغى سوى الخلاص من رابطة الزوجية بأية وسيلة كانت [١] .

أما عن موقف المحاكم الشرعية فى هذا الصدد ، فانه على الرغم من أنها كانت فى غالب الأحيان تقتنع بالاسلام الظاهر ،ولا تبحث فى الدوافع والنوايا، إلا أن من بين أحكامها ما ذهب إلى تقصى حقيقة الدوافع ، خارجة بذلك عن الخطة التى سارت عليها المحاكم الشرعية بصفة عامة . فمن ذلك مثلا حكم محكمة مصر الابتدائية الشرعية [٢] حيث قررت المحكمة عدم الاعتداد بإسلام الزوج إذ تبين من الملابسات التى تم فيها تغيير الديانة ، ومن ظروف الحال ، ما جعلها تستظهر نية الغش. فقد ثبت لها أنه على الرغم من إقراره أنه أسلم وحكم باسلامه، إلا أنه تبين أن الزوج « استمر متمسكا بدين المسيحية منفصلامن دين الاسلام مبتعدا عنه كل البعد ، ولم يوجد منه ما يدل على أنه أسلم أو أخلص للاسلام فى يوم من الأيام ، يدل على ذلك المنازعات الشديدة التى كانت بينه وبين المدعية وفى كل أدوارها كان يبرأ من الاسلام ، وإنما أقربه فى الورقة التى اعتبر بها مسلما خدعة للمدعية ، وتلاعبا بالدين الاسلامى » .

وفى حكم آخر لمحكمة الاسكندرية الشرعية [٣] أخذت المحكمة بنفس

---

(١) أنظر : بطرس كساب ، السابق ص ١٠٨ وهامش رقم ٢ حيث أشار إلى كتاب المرحوم محمد حامد فهمى فى المرافعات ص ٢٩١ .

(٢) حكم استئناف صادر فى ١٢ سبتمبر سنة ١٩٣٨ ، المحاماة الشرعية س ١١ عدد ١، ص ٦٣ - ٦٥ - وقد أبدت المحكمة أسفها لحصول ذلك من طبيب يعد عمله من الأعمال الأخلاقية الصرفة التى أخصها الأمانة والصدق .

(٣) راجع حكم فى ١٣ مايو سنة ١٩٤٠ ، مجلة المحاماة الشرعية س ١١ الأعداد من ٨ إلى ١٠ ص ١٠٢ وما بعدها ، والحكم متعلق بدعوى أقامها إسرائيلى اعتنق الاسلام ، يطلب فيها ضم ابنته الصغيرة إليه .

الوجهة السابقة فقالت : « إن الكيد فتح للناس طرقا فى الخصومة ملتوية احتالوا فى ولوجها بشتى الحيل ، فحينا يلجونها وقد تسربلوا ثوب الدين ، وطورا يقطعونها وقد ركبوا صهوة الأخلاق ، وآونة يلوحون بأعلام اجتماعية . فأمام الهيئات المدنية يلوحون بأعلام الأخلاق والإنسانية ، وأمام الهيئات الدينية يرفعون الراية الاسلامية ، ولم يكن الدين مطية ذلولا تركب للكيد ويحمل عليها إلى الباطل . وواجب القاضى أن ينظر فى القضية وملابساتها ليتعرف الأسباب التى أثارتها أمامه » .

هذا هو ما اتجهت إليه بعض المحاكم ، والظاهر ، كما يبدو من الظروف والملابسات التى صدرت فيها الأحكام ، وخاصة أحكام المحاكم الشرعية ، أن أمر الغش والتحايل كان واضحا ، أبانت عنه الظروف بسهولة ، مما جعل المحاكم تندد ، فى أسى ، بموقف هؤلاء المتظاهرين المحتالين باسم الاسلام لضياع حقوق الغير أو للاضرار به ، ولهذا لم تعتد باسلامهم [1] .

وعلى الرغم من أن هناك حالات يبدو فيها أمر التحايل ظاهراً ، ويمكن الوقوف على حقيقة الأمور بقليل من التحرى والنظر فى الملابسات والظروف ، إلا أن الظاهر أن المحاكم الأهلية قد استقر قضاؤها ، وخاصة بعد حكم محكمة النقض فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ [2] ، على عدم البحث عن البواعث والاكتفاء بالمظاهر الخارجية الرسمية فقط لاعتناق الدين أو المذهب ، إذ من العبث — كما قيل — تحليل الدوافع التى حدت بالشخص لاعتناق دين من الاديان ، كما أنه

---

(١) أنظر أيضا حكما لمحكمة ملوى الشرعية فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ ، أشار إليه عزيز خانكى فى بحثه السابق بمجلة المحاماة ص ٨٦١

(٢) والحكم منشور فى مجموعة عمر ، جزء ٢ رقم ١٤ ص ٣٢ وقد سبقت الاشارة اليه فى الفقرة السابقة ص١٩٦ هامش ١

يكون فى أغلب الاحيان من التورط فى إثم سوء الظن الجرى وراء شبهات خادعة للطعن فى عقيدة الشخص والانتقاص من إيمانه.

هذا هو الرأى الثالث الذى قيل به فى صدد تغيير الديانة أوالمذهب..ومن الواضح أنه يهتم بالنظر إلى حقيقة الباعث على التغيير، ولا يعتد به إذا كان القصد منه هو التحايل فقط. فاذا ثبت أن المقصود من التغيير إنما هو الكيد للطرف الآخر والتهرب من أحكام القانون المختص، لايعتد به. وقد أيد هذا الرأى جانب من الفقه ومن أحكام المحاكم، وإن كانت محكمة النقض، كما رأينا لاتعتد بالبواعث الدافعة إلى التغيير. ويؤيدها فى هذا النظر مايحيط بالبحث عن حقيقة البواعث من صعوبات.

ويبدو أن المشرع لم يتأثر بهذا الرأى فى القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، اللهم إلا بالنسبة للصورة التى يتم فيها التغيير فى الطائفة والملة أو الديانة أثناء سير الدعوى إلى غير الاسلام، إذ يمكن القول بأن المشرع قد افترض فى هذه الحالة أن مثل هذا التغيير مقصود به الكيد والتحايل والتهرب من الشريعة القديمة، والاستفادة من المزايا التى يخولها الوضع الجديد. ومع ذلك فليس للقاضى سلطة البحث فى هذه الحالة عن الدوافع، لأن المشرع يفترض هذا فرضا غير قابل لاثبات العكس.

٥٦ ــ ثانيا: الوضع فى ظل القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ – المادة السابعة من القانون وتفرقتها بين حالتين: انتهينا فيما سبق من بيان حكم تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة فى الفقه والقضاء قبل صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، فما هو الحكم فى ظل هذا القانون ؟

تعرضت المادة السابعة من القانون ٤٦٢ لهذا الموضوع فنصت على أنه « لايؤثر فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة تغيير الطائفة أو الملة بما

يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى ، إلا إذا كان التغيير إلى الاسلام ، فتطبق الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذا القانون » . والفقرة الأولى من المادة السادسة ، والتى يشير إليها النص ، تقضى باعمال المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، أى بتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية . أما الفقرة الثانية من المادة السادسة فهى خاصة بتطبيق شريعة غير المسلمين فى مسائل أحوالهم الشخصية إذا اتحد الأفراد من حيث الطائفة والملة ، وكانت لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون ٤٦٢ ، بحيث تصدر الاحكام طبقا لشريعتهم فى نطاق النظام العام .

على أنه يمكن بادىء الأمر ، وقبل أن نبين الفروض المختلفة التى تعرض لها نص المادة السابعة ، أن نلفت النظر إلى أمرين بشأن هذا النص .

فيراعى أولا أنه يتكلم عن تغيير الطائفة والملة أثناء سير الدعوى . لكن هل يطبق ماجاء به أيضا فى حالة تغيير الديانة ؟ لاشك أنه يطبق فى حالة التغيير إلى الاسلام كما يقضى النص صراحة . ومع ذلك فانه يفهم منه أنه يطبق أيضا فى حالة التغيير إلى ديانة أخرى غير الاسلام ، ذلك لانه إذا كان التغيير إلى الاسلام أثناء سير الدعوى ينتج أثره وتطبق الشريعة الاسلامية ، فان مفهوم ذلك أنه إذا كان التغيير إلى دين آخر غير الاسلام أثناء سير الدعوى ، لاينتج أثره من حيث الاختصاص التشريعى ، أى من حيث القانون الواجب التطبيق. ومعنى هذا أن التغيير إلى ديانة أخرى يأخذ حكم تغيير الطائفة والملة . وبذلك يكون تغيير الديانة إلى غير الاسلام ، شأنه فى ذلك شأن تغيير الطائفة والملة أثناء سير الدعوى ، لاأثر له . ومن ناحية أخرى إذا كان القانون لايعتد هنا بالتغيير أثناء سير الدعوى ، فمفهوم ذلك أن التغيير إذا كان قبل رفع الدعوى ، يعتد به؛

فالتغيير السابق على رفع الدعوى يعتد به ، سواء كان ذلك فى الدين أو المذهب أو الطائفة . أما بعد رفع الدعوى فانه لا يعتد به إلا إذا كان إلى الاسلام . هذه ملاحظة أولى بشأن ما جاء فى المادة السابعة .

ويراعى ثانيا أن النص يتكلم عن «تغيير الطائفة والملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية إلى أخرى ...» ، والمقصود بذلك ـ رغم عدم دقة النص فى هذا الصدد ـ أى تغيير ، سواء كان من شأنه إخراج أحد الخصوم من الطائفة التى ينتمى اليها إلى طائفة أخرى ، كأن ينتقل مثلا من طائفة الاقباط الأرثوذكس إلى طائفة الروم الارثوذكس . أو كان من شأنه إخراجه من مذهبه إلى مذهب آخر ، كأن ينتقل مثلا من المذهب الكاثوليكى إلى المذهب الارثوذكسى ، فيغير قبطى كاثوليكى مثلا مذهبه إلى قبطى أرثوذكسى . وهذا هو ماينبغى أن يفهم من عبارة المشرع . وعلى أية حال فان صياغة المادة فى هذا الصدد تبدو غير دقيقة ، وكان يجدر بالمشرع أن ينص على التغيير الذى يخرج أحد الخصوم من طائفته أو مذهبه أو ديانته[1] . هذه هى الملاحظة الثانية بشأن المادة السابعة . وعلى ضوء ما سبق يمكننا أن نفرق بين حالتين تضمنهما نص المادة .

٥٧ — **الحالة الأولى** : حالة التغيير إلى ديانة أخرى غير الاسلام أو إلى مذهب آخر أو طائفة أخرى : يفرق هنا بين صورتين : (١) فى صورة أولى إذا تم التغيير

---

(١) أنظر كذلك جميل الشرقاوى : المرجع السابق ، الكتاب الثانى (سنة ١٩٥٨) ص ١٣ بالهامش حيث يقول إن تغيير الدين لا يعنى الانتقال من وحدة طائفية إلى أخرى ، وإن المشرع يعنى بالوحدات الطائفية الطوائف المختلفة للمذاهب المسيحية واليهودية ، وإشارته للوحدات الطائفية فى المادة ٧ يقصد بها تأكيد اشتراط وحدة الطائفة لتطبيق قانون غير المسلمين ولم يقصد المشرع بهذه الاشارة اعتبار المسلمين وحدة طائفية تقابل وحدة طائفية أخرى تضم كل المسيحيين واليهود كما حاول البعض (أنظر محمد عمر وألفى بقطر ، مؤلفهما السابق فقرة ٤١) أن يأخذ من صياغة النص .

أثناء سير الدعوى ، لا يترتب عليه أى تغيير من حيث الشريعة الواجبة التطبيق، إذ تظل الشريعة التى كانت تحكم الخصوم عندرفع الدعوى هى نفسها التى تحكمهم حتى بعد التغيير الطارىء أثناء سيرها . وعلى ذلك فان المشرع لايعتد بمثل هذا التغيير . ويمكن القول فى هذا الصدد إنه قد أقام قرينة لاتقبل إثبات العكس على أن التحول أثناء سير الدعوى إلى ديانة أخرى غير الاسلام ، أو إلى طائفة أو ملة أخرى ، إنما تم بقصد التهرب من الشريعة القديمة وما نشأ من التزامات فى ظلها ، لكى يستفيد الشخص من الرخص والمزايا التى تخول له فى ظل وضعه الجديد . ولذلك لايعتد المشرع بمثل هذا التغيير الذى لم يقصد به سوى التحايل، فيعامل مثل هذا الشخص كأنه لم يغير ديانته أو مذهبه أو طائفته ، تأسيسا على افتراض نية الغش والتحايل نحو القانون .

والواقع أن ماجاء به المشرع فى هذا الصدد يتفق مع ما كان مسلما به قبل صدور القانون ٤٦٢ ، وبصفة خاصة فى حالة التغيير إلى ديانة أو ملة أخرى غير الاسلام . إذ جرى قضاء المحاكم الأهلية على الابقاء على اختصاص المجالس الطائفية متى كان هذا الاختصاص قد ثبت لها على أثر اتحاد الخصوم فى الطائفة والملة ولم تكن المحاكم الأهلية تقر الاختصاص للمحاكم الشرعية ، إذ العبرة فى ثبوت الاختصاص عندها ، كان بديانة الطرفين وقت رفع الدعوى . فاذا رفعت صحيحة إلى جهة الاختصاص الاصلية ثبت لها حق نظرها دون حاجة إلى تأييد لاحق من الطرفين ، ولايمكن لأيهما أن يسقط عن هذه الهيئة القضائية اختصاصها بعمل من جانبه عن طريق تغيير ديانته أو مذهبه .

وإذا كان هذا الأمر مسلما به فى حالة التغيير إلى غير الاسلام ، إذ كان

---

(١) ومعنى ذلك أنها تطبق شرائعها الخاصة .

إلى الاسلام أثناء سير الدعوى . وقد اتجهت بعض الأحكام إلى الابقاء على الاختصاص للجهة التى رفع النزاع أمامها حتى بعد التغيير الطارىء إلى الاسلام، على النحو الذى سنبينه بعد قليل [١]

ولكن ينبغى أن يراعى أنه إذا كان القانون لا يعتد بالتغيير فى هذه الحالة فليس معنى ذلك أنه عديم الأثر ، إذ التغيير الطارىء أثناء سير الدعوى وإن كان لا يغير من وضع الخصوم الذى استقر عند رفع الدعوى إلا أنه ينتج أثره فى المستقبل . ومعنى ذلك أنه إذا ما ثار النزاع فى المستقبل رتب التغيير أثره من حيث الشريعة الواجبة التطبيق . وهذا أمر لا جدال فيه ، فبقاء الاختصاص للشريعة السابقة على التغيير إنما هو خاص فقط بالدعوى التى حصل التغيير خلالها [٢] .

هذا عن الصورة الأولى التى يتم فيها التغيير أثناء سير الدعوى . وهى الحالة التى نص عليها المشرع صراحة كما قدمنا [٢] .

أما عن الصورة الثانية وهى صورة التغيير السابق على رفع الدعوى فانه مفهوم من النص ، لأنه إذا كان التغيير أثناء سير الدعوى لا أثر له ، فان من المفهوم أن التغيير السابق على الدعوى له أثره . ومعنى ذلك أنه هذا التغيير ينتج أثره من حيث الشريعة الواجبة التطبيق ، طالما كان قبل رفع الدعوى ، سواء أدى الى تطبيق الشريعة الاسلامية أو حتى الى تطبيق

---

(١) أنظر حكم محكمة مصر الكلية بهيئة استئنافية فى ٢٧ فبراير ١٩٣٤ ، مشار اليه ضمن حكم النقض فى ٢٤ يناير ١٩٣٥ ، مجموعة عمر جزء أول رقم ٢٢٤ ص ٥٦٧ ، وأنظر بصفة خاصة صفحات ٥٧٤ و٥٧٧ و٥٧٨ و٥٧٩ وما أشير اليه من أحكام فى صفحة ٥٧٩ خاصا بأثر التغيير على اختصاص المحكمة المنظورة أمامها الدعوى . وانظر أيضا ، حامد زكى مجلة القانون والاقتصاد ، س ٥ وتعليقه على الحكم المذكور وخاصة ص ٣٠٦

(٢) وهذا هو ما يقال بالنسبة لحالة تغيير الجنسية . فجميع الدعاوى التى تنشأ بسبب العلائق القديمة تختص بها المحاكم الجديدة فى حالة تغيير الجنسية. وما يحتفظ به لمحاكم الجنسية القديمة هى القضايا التى رفعت اليها فعلا . أما التى لم ترفع بعد ، فيجب نظرها أمام محاكم الجنسية الجديدة (حامد زكى ، البحث السابق ، ص ٣٠٧) .

الشريعة الملية لغير المسلمين . ذلك أنه قد يكون الأفراد متحدين من حيث الطائفة والملة عند بدء العلاقة ثم يغير أحدهم طائفته أو ملته قبل قيام النزاع ورفع الدعوى ، فيترتب على هذا التغيير أثره ، وتطبق الشريعة الاسلامية فى شأن ما يثار بينهم من منازعات ، لاختلافهم عند رفع الدعوى فى الطائفة والملة . وقد يكون الأفراد مختلفين من حيث الطائفة والملة عند بدء قيام العلاقة ، ثم يتم اتحادهم على أثر تغيير أحدهم بانتقاله الى طائفة وملة الطرف الآخر ، فاذا تم زواج بين قبطى أرثوذكسى مثلا ورومية كاثوليكية ، ثم انتقلت الزوجة الى طائفة الاقباط الارثوذكس ، تم اتحاد الزوجين فى الطائفة والملة ، ويخضع النزاع الذى يثار بينهما بعد ذلك لشريعة الاقباط الارثوذكس ، طالما أن التغيير قد تم قبل رفع الدعوى .

هذه هى الصورة الثانية ، وهى الصورة التى يتم فيها التغيير قبل رفع الدعوى . وتبدو التفرقة واضحة بين حالة التغيير قبل رفع الدعوى حيث يرتب التغيير أثره ، والتغيير بعد رفع الدعوى ، حيث لا يترتب عليه أثره فى شأن النزاع القائم الذى رفعت الدعوى من أجله . وبذلك يبدو أن المشروع قد ربط مسألة ترتب أثر التغيير فى الطائفة والملة على مسألة متعلقة بالاجراءات ، وهى تاريخ اعتبار الدعوى مرفوعة أمام القضاء[1] .

٨ د — **الحالة الثانية : حالة التغير الى الاسلام :** فى هذه الحالة ينتج التغيير أثره ليس فقط فى صورة ما إذا تم قبل رفع الدعوى ، بل وأيضا حتى بعد رفعها وأثناء السير فيها . ومعنى ذلك تطبيق الشريعة الاسلامية ، فتصدر الأحكام طبقا لما جاء فى لائحة المحاكم الشرعية ، ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، ماعدا

(١) أنظر ، حامد زكى ، البحث السابق ، ص ٢٠٧

الأحوال التى كان قانون المحاكم الشرعية ينص فيها على قواعد خاصة ، إذ يجب أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد (مادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) . وليس هذا — كما قيل فى المذكرة الايضاحية للقانون ٤٦٢ — إلا تطبيقا لقاعدة مقررة « من أن تغيير الدين يترتب عليه أن يستمتع الشخص بجميع الحقوق التى يخولها له الدين الجديد » .

ويمكن القول ، كما أشرنا فيما مضى ، إن المشرع يأخذهنا بفكرة النظام العام ، والتى تقضى بأن من يغير دياناته يستفيد من هذا التغيير ، تطبيقا لمبدأ حرية العقيدة . وبذلك استبعدت فكرة الغش نحو القانون وفكرة الحقوق المكتسبة فى هذا الصدد .

على أن القانون إذا كان قد فصل فى مسألة تغيير الديانة إلى الاسلام بعد رفع الدعوى ورتب عليه أثره من حيث الاختصاص التشريعى ، فان الأمر لم يكن مسلما من قبل . فقد ثار الخلاف قبل صدور القانون ٤٦٢ حول مدى اختصاص المحاكم الطائفية فى حالة اعتناق أحد الخصوم للاسلام أثناء سير الدعوى. وفى اتجاه أول قيل إنه إذا كان النزاع قد رفع فعلا ، ظلت المحكمة التى رفع النزاع أمامها مختصة. إذ العبرة فى الاختصاص هو بحالة الخصوم وقت رفع الدعوى . فاذا رفعت الدعوى فعلا بين زوجين من غير المسلمين وهما على دينهما ، أى قبل دخول أحدهما فى الدين الاسلامى ، ظلت محكمتهما الطائفية صاحبة السلطان بالنسبة لهذه الدعوى فقط ، ويجب أن ينتظر نتيجة ماتفصل به ، ولو تغيرت حالة أحدهما بعد ذلك . أما إذا لم تكن هناك دعاوى رفعت قبل تغيير حالة أحدهما باسلامه مثلا ، فان حالتهما وقت رفع الدعوى هى التى تحدد اختصاص المحكمة التى تفصل فيها ويجب الرجوع إذن الى المحكمة الشرعية . هذا هو ماقضت به

بعض المحاكم[1] . والمهم فى هذا الاتجاه أن الاختصاص كان يبقى للجهة التى رفع النزاع أمامها وثبت لها الاختصاص ، وكانت تقضى بطبيعة الحال طبقا للقواعد المعمول بها أمامها ، التلازم بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي كقاعدة عامة. وكان من المسلم به أن الأحكام التى تصدرها المحاكم فى هذا الصدد تظل محترمة ، اللهم إلا اذا كانت الأحكام مخالفة للنظام العام ، كما لو قضى بالطاعة على الزوجة التى أسلمت لزوجها غير المسلم[2] . هذا عن الاتجاه الاول ، وواضح انه لا يتفق مع ما اتجه اليه القانون ٤٦٢. أما عن الاتجاه الثانى وهو الذى رجحه القانون، فقد اتجهت اليه بعض الأحكام كذلك . وقد كانت المحاكم الشرعية تطبق الشريعة الاسلامية بصفة مطلقة على كل من دخل فى دين الاسلام أى فى حالة الاسلام الطارىء ، ولم تتقيد بحالته السابقة عليه[3] . وهذا ما أقرته محكمة النقض ، فقد اعتدت

---

(١) أنظر محكمة الأزبكية الشرعية فى ٢٠ سبتمبر ١٩١٦ ، مجلة الأحكام الشرعية ١١ ص ٢١ ، وانظر أيضا محكمة استئناف مصر الأهلية فى ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية س٦ رقم ١٥ ص٣١ ، الاسكندرية الابتدائية فى ٢١ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة س ٩ رقم ٤٩١ ، ص ٨٩٥ (الحيثيات) . وقد جاء فى هذا الحكم الأخير أن تغيير الديانة باعتناق الاسلام بعد رفع الدعوى والمرافعة أمام البطركخانة لا يترتب عليه أى ضرر للمدعى عليها ولا زوال اختصاص البطركخانة طالما أن الدعوى رفعت أمام الجهة المختصة .

(٢) أنظر حكم محكمة مصر الكلية ، السابق الاشارة اليه فى مجموعة عمر ، جزء أول وخاصة ص ٥٧٨ . وانظر أيضا : عبد المنعم رياض ، فقرة ٢١٧ ص ١٧٧

(٣) انظر من هذه الاحكام : محكمه مصر الشرعيه فى ١٩ يناير ١٩١٦ ، المجلة الشرعية ١٠ ص ١١١ ، والازبكيه الشرعيه فى ٢١ يناير ١٩١٧ المجلة الشرعيه ١١ ص ١٨٦ و ٣١٧ ... (وقد أشار إليها الأستاذ أحمد عبد الهادى ، مجلة القانون والاقتصاد س ٥ ص ٢٠ هامش ١) .

وانظر فى تأييد اختصاص القضاء الشرعى فيما سبق ، وبالتالى تطبيق الشرعيه الاسلاميه بالنسبة للمسلم حتى ولو كان إسلامه طارئا ، أحمد عبد الهادى ، البحث السابق ، ص ١٤ وما بعدها .

بالاسلام الطارىء بعد رفع الدعوى وقررت تبعا لذلك أن الدعوى تخرج من اختصاص المجلس الملى الذى كان مختصا بها ، وأن الولاية تصير بعد الاسلام الى المحاكم الشرعية [١] .

وإزاء ما جاء به المشرع من أن التغيير أثناء سير الدعوى يعتد به اذا كان الى الاسلام ، يثور التساؤل عن سبب التفرقة بين هذه الحالة وحالة ما اذا كان التغيير الى غير الاسلام ،حيث لا يعتد المشرع بهذا التغيير الاخير اذا تم أثنا سير الدعوى ، مع أن التغيير فى الحالتين يتم أثناء السير فى الدعوى ، والواقع أن موقف المشرع فى هذا الصدد جاء متعارضا ولم يحالفه التوفيق ، اذ أنه يعطى لوضع واحد مظهرين مختلفين ، فلا يعتد بالتغيير فى حالة مفترضا أنه يتم بطريق التحايل على القانون ، ويعتد به فى حالة أخرى على أساس أن تغيير الدين فى هذه الحالة مسألة تتعلق بالنظام العام ، لما لها من مساس بحرية العقيدة .

قد يقال تبريراً لذلك إن الدين الاسلامى هو الدين الرسمى للبلاد ، وفى الاعتداد بالتغيير الحاصل أثناء سير الدعوى — اذا كان إلى الاسلام — إعمال للشريعة الاسلامية والتوسع فى نطاق تطبيقها ، وخاصة انها الشريعة العامة فى مسائل الاحوال الشخصية [٢] .

---

(١) نقض جمعيه عموميه جلسه ٢٢ مايو ١٩٥٤ مجموعه المكتب الفنى س ٥ العدد الثالث ص ٦٨٧ وكانت الدعوى قد رفعت الى المجلس الملى فاشهر الزوج اسلامه الا أن المجلس الملي أصر على استمراره فى الدعوى ، فلم توافق المحكمة على ذلك وقررت أن المجلس الملى فصل فى دعوى اختلف طرفاها ديانه ، فى حين أن مناط اختصاصه الاستثنائى المحدود هو وجوب اتحاد طرفى الخصومة فى الملة ، ولا يسوغ أن يعد المجلس اختصاصه لمثل هذا الطلب بقوله انه متى كان الزواج قد تم أمام الكنيسة القبطية الارثوذكسية كان المجلس الملى مختصا بالفصل فى اثار الزواج مهما اختلفت ديانة الزوجين بعد العقد ... كذلك لا محل لتبرير اختصاصه بأنه وقد كان هو المختص بنظر الدعوى وقت رفعها يظل مختصا ، مهما طرأ عليها بعد رفعها ، مما يؤثر على اختصاصه ، إذا هذا القول مدفوع ... بأن المدعى عليه أصبح بعد اشهار اسلامه مسلما تحكم الشريعة الاسلامية وحدها دون غيرها حالته الشخصية ...

(٢) انظر ايهاب اسماعيل ، السابق ص ١٠٨ — ١٠٩ ، وأنظر أيضا : أحمد عبدالهادى

إلا أن كل ما يمكن أن يقال فى هذا الصدد لا يبرر موقف المشرع وتعارضه. ولقد كان عليه ان يتخذ فى هذا الصدد موقفاً واحداً . فاما أن يجعل التغيير منتجا لاثره فى كلتا الحالتين ، وإما أن يجعله كأن لم يكن بالنسبة للدعوى التى حصل أثناءها ، وذلك فى كلتا الحالتين أيضا . وإن كنا نرى أنه كان يجمل به أن يعتد بالديانة الجديدة أو المذهب الجديد طالما اتخذت الإجراءات المطلوبة للتغيير . ولانحسب ذلك متعارضا مع أغراضه إذا كان قد قصد بالاعتداد بالتغيير إلى الاسلام التوسع فى تطبيق الشريعة الاسلامية وهى الشريعة الغالبة فى البلاد .

لانحسب أن ما ننادى به يتعارض مع هذه الوجهة ، إنه على العكس يؤيدها ، فتغيير أحد الخصوم لطائفته أو ملته أثناء سير الدعوى إنما يترتب عليه — فى الغالب من الحالات — اختلافهم فى الطائفة والملة مما يؤدى إلى تطبيق الشريعة الاسلامية كذلك . لاشك إذن أن المشرع لم يكن موفقا فى هذا الموقف [١] .

هذا هو حكم القانون ٤٦٢ فى شأن تغيير الديانة والمذهب والطائفة ، سواء تم التغيير إلى الاسلام أو إلى غير الاسلام . وسواء تم قبل رفع الدعوى أو فى أثناء سيرها .

ولا يفوتنا فى صدد تغيير الديانة الى الاسلام أثناء سير الدعوى ، أن نشير الى بعض ما جاء فى أحكام القضاء بصدده . ففى ظل القانون ٤٦٢ قررت المحاكم أنه « اذا رفعت الدعوى أمام هيئة الأحوال الشخصية لغير المسلمين . . ثم غير

السابق ، وخاصة ص ١٦ ، وكذلك حلمى بطرس ، السابق ، س ٥١ — ٥٣ ، تادرس ميخائيل ، الاحوال الشخصية للمصريين الغير مسلمن ، السابق فقرة ٣٣ — ٣٤ ، ص ٢٢ — ٢٤ ، أحمد أبو الوفا : السابق فقرة ٢٣٩ ص ٢٩٣ .

(١) انظر مذكراتنا فى الأحوال الشخصية لطلبة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية عام ١٩٥٧ — ١٩٥٨ س ٣٢ وأنظر الطبعة الأولى من هذا الكتاب رقم ٥٨ . وأنظر كذلك أحمد سلامه ، الطبعة الثانية ، رقم ١٣٢ ، وكذلك : اهاب اسماعيل : أصول الاحوال الشخصية ، السابق رقم ١٢٤

الزوج ديانته الى الاسلام أثناء نظر الدعوى . فتكون الأحكام المقررة بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية هى الواجبة التطبيق عملا بالمادة السادسة من القانون ٤٦٢ . . . لذلك رأت المحكمة إحالة الدعوى الى دائرة الأحوال الشخصية المسلمين للفصل فيها [(١)] .

هذا ويراعى أنه اذا وقع التغيير الى الاسلام أثناء سير الدعوى ، فلا بدمن اعلان ذلك الى الطرف الآخر حتى يمكن أن تترتب عليه آثاره . ولهذا قضت محكمة النقض بأنه « متى كانت الدعوى قدرفعت باعتبار طرفى الخصومة فيها من الأرمن الأرثوذكس وسلم الطرفان أمام المجلس الملى الابتدائى بالوحدة الطائفية ، واستمرا لايدعيان غير ذلك حتى صدر الحكم فى الدعوى ، فلم يعرض المدعى عليه واقعة اسلامه الطارىء رغم حضوره أمام المجلس من وقت اشهار اسلامه الى وقت صدور الحكم فى الدعوى ، فانه لا يكون هناك محل لما يتمسك به المدعى عليه بعد ذلك من أن المجلس قد جاوز اختصاصه » [(٢)] .

٢٩ — محاولة الحد من الآثار التى تترتب على تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة نقد هذا الاتجاه : رأينا فيما سبق أن المشرع فى المادة السابعة من القانون ٤٦٢ يعتد بتغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة اذا كان ذلك قبل رفع الدعوى ، كما يعتد بالتغيير فى الديانة بعد رفع الدعوى اذا كان الى الاسلام . واذا كان المشرع يعتد بالتغيير فى هذه الحالات ، فانه يعتد به بصورة مطلقة ، لايقيده بأى قيد من القيود ، فهو كما قدمنا ، لاينظر الى بواعث الافراد على هذا التغيير ، كما أنه لم يقيد من إطلاق مايترتب عليه من آثار باحترام حقوق الآخرين .

---

(١) محكمة الجيزة الابتدائية للاحوال الشخصية فى ١٠ ديسمبر ١٩٥٧ فى القضية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٥٧ كلي غير مسلمين .

(٢) نقض فى ٢٦ من يونية سنة ١٩٥٦ ، مجموعة المكتب الفنى س ٧ عدد ٢ ، رقم ١٢ ص ٤٧٧ . وقارن أيضا حكما آخر فى نفس التاريخ ونفس المجموعة ، رقم ١٣ ص ٤٨٢ .

وعلى الرغم مما هو واضح من نص المادة السابعة ومفهومها على النحو الذى بيناه ، الا أن البعض حاول أن يحد من الآثار التى تترتب على تغيير الديانة أو المذهب من حيث الاعتداد بما يخوله الدين الجديد أو الوضع الجديد بعد التغيير من حقوق ومزايا ، فقرروا أنه يشترط أن يكون الإيمان بالدين الجديد عن عقيدة صادقة لا بقصد الغش أو التحايل على القانون . ومعنى ذلك أنه يجب الحد من الآثار المترتبة على التغيير بفكرة الغش نحو القانون . كما قرروا أيضا أنه يجب تقييد هذه الآثار بفكرة الحقوق المكتسبة ، فينبغى صيانة الحقوق المكتسبة للطرف الثانى والتى لا تتعارض مع ممارسة الطرف الذى غير ديانته للحقوق التى يخولها له قانونه الدينى الجديد [1] .

ومعنى هذا ، عند القائلين بالرأى الذى نحن بصدده ، أنه فى حالة ما إذا غير أحد الزوجين ديانته إلى الاسلام مثلا ، فان من حقه كزوج مسلم أن يطلق زوجته وأن يعدد زوجاته . ولكن لزوجته من ناحية أخرى حقوقها المكتسبة التى لا تتعارض مع حقوق الزوج الجديدة . فلها أن تطلب الطلاق من زوجها إذا كانت معاشرتها له تصطدم مع عقيدتها الدينية ، ولها أن تكتفى برفض معاشرته وطلب نفقة منه . وليس فى ذلك ما يتعارض مع حقوق الزوج الذى اعتنق الاسلام ، لأنه ليس من ممارسة الدين الجديد فى شىء أن تكون له زوجة غير مسلمة لا تقبل معاشرته ، ولا يصطدم ذلك بأية عقيدة دينية من عقائد الزوج . وكذلك ليس من ممارسة الدين الجديد فى شىء أن لا يلزم الزوج فى ماله بنفقة الزوجة التى أصبحت حقا مكتسبا لها من مجرد زواجها الأول منه فى ظل ديانتها المشتركة [2] .

(١) صاحب هذا هو حلمى بطرس ، محاضراته السابقة ، انظر ص ٥٢ وكذلك ص ٥٨ .

(٢) المرجع السابق ص ٦٠ .

ولم تكن هذه أول مرة ينادى فيها بهذا الرأى ؛ فقد نادى البعض بهذه الفكرة قبل صدور القانون ٤٦٢ [1]. كما قررت ذلك أيضا لجنة تنازع الاختصاص التى شكلت فى سنة ١٩٢٠ ، فى الشكوى نمرة ٧٨ بقولها : « إن تغيير أحد الزوجين ديانته كتغيير جنسيته يرتب له الحق فى التمتع بما يحله له دينه الجديد ، ولكن لايترتب عليه إسقاط الحقوق المدنية المكتسبة للزوج الآخر » [2] .

ولعل أول مايلفت النظر فى هذا الصدد أنه إذا كان يمكن التسليم بالرأى السابق قبل صدور القانون ٤٦٢ ونصه على حكم تغيير الديانة أو الطائفة والملة ، على اعتباره رأيا فقهيا فى حينه ، فانه لا يمكن التسليم به كما هو بعد صدور القانون ٤٦٢ .

= ويضيف صاحب هذا الرأى (حلمى بطرس) أنه لا مجافاة بين صون الحقوق المكتسبة للطرف الذى لم يغير ديانته والتى لا تتعارض مع ممارسة الآخر لعقيدته الجديدة ، وبين أحكام الشريعة الاسلامية ، لأنها ليست إلا الزاما للزوج بتكاليف مالية كان قد ارتضاها من قبل .

أما بالنسبة لحق الزوجة الذمية التى يسلم زوجها فى أن تطلب الطلاق منه أو الانفصال عنه لأن البقاء فى عشرته يخالف عقيدتها ، فهو أمر قد يثير الشك ، كما يقول صاحب الرأى ذلك لأنه ليس فى مذاهب السنة ما يحتم فسخ زواج الذمية لمجرد اسلام زوجها ، فان هذا صحيح ابتداء ، وما يصح ابتداء يصح بقاء ولم يأخذ جمهور الفقهاء فى هذا الصدد بالراى القائل بفسخ الزواج فى هذا الحالة : وهو مذهب الزيدية . ولكن الشك بالنسبة لحق الزوجة التى اسلم زوجها فى طلب الانفصال يزول اذا روعى أن زواج المسلم بالكتابية ، وان كان غير محرم ، الا أنه لا ينظر إليه بعين الارتياح ، وان اتحاد الدين شرط لصحة الزواج فى الشريعتين المسيحية والموسوية — ثم إنه لا مصلحة فى الابقاء على زوجية يرى أحد طرفيها أن صلته بالاخر محرمه عليه ديانة . هذا بالاضافة الى أن الشريعة الاسلامية تجيز التطليق للضرر (انظر المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) ويمكن فى هذه الحالة أن تدعى الزوجة بأن اصرار زوجها على الامساك بها ينطوى على إصرار بها لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما ، متى كان هذا القول صادرا عن يقين دينى ثابت لديها بان معاشرتها له أصبحت حراما عليها بمقتضى ديانتها ، ومعيار الضرر فى هذه الحالة معيار شخصى يقاس بحالة المضرورة وظروفه الخاصة ولا يتصور فى هذه الحالة أن يكون للتفريق أدنى مساس بعقيدة الطرف الاخر ... (حلمى بطرس ، ص ٦٢ — ٦٤) .

(١) انظر أحمد صفوت : السابق ص ٥٠ — ٥١ .

(٢) المرجع السابق ص ٤٩ .

فمن الواضح كما قدمنا أن الرأى الذى نحن بصدده يعترف بالآثار المترتبة على التغيير ولكنه يقيدها بفكرة الغش نحو القانون . ومعنى ذلك أنه يتعين على القاضى أن يبحث عن الدافع إلى التغيير ، فاذا وجد أنه كان بدافع التحايل والتهرب مما كانت تفرضه الديانة السابقة أو المذهب السابق ، لايعتد به .
وهذه هى النتيجة الأولى لمنطق هذا الرأى . ولاجدال فى منافاتها لصريح المادة السابعة التى تعتد بالتغيير مطلقا دون بحث عن نية الغش ، سواء كان ذلك قبل رفع الدعوى أو بعد رفعها لكن إلى الاسلام .

ومن ناحية أخرى فان مؤدى هذا الرأى ، أنه إذا تم التغيير وتبين للقاضى انه لم يكن بقصد الغش ، بل كان عن رغبة صادقة فى اعتناق الدين أو المذهب الجديد ، فينبغى أن يرتب التغيير أثره . ولكن ذلك يصطدم بالقيد الآخر الذى وضعه أصحاب الرأى الذى نحن بصدده ، وهو أن ترتيب أثر التغيير من حيث ولاية القانون الواجب التطبيق كما هو معلوم ، لاينبغى أن يمس حقوق الطرف الآخر التى اكتسبها والتى لاتتعارض مع استعمال الدين الجديد ، كما يقولون .
وهذا منطق غريب فى الواقع . لأننا حتى لو سلمنا بفكرة الغش والبحث عن الدوافع ، فلا أقل من احترام مايترتب على تغيير الديانة أو المذهب من آثار، إذا ماثبت لنا أن التغيير كان بنية سليمة ولم يقصد منه التحايل على الاطلاق .
وبذلك يترتب على التغيير أثره ، ويتمتع الشخص بكل مايخوله له دينه الجديد أو مذهبه من حقوق ، ولا محل لتقييد ذلك بما يسمى بالحقوق المكتسبة للطرف الآخر . ومع ذلك فان القيد الثانى الخاص بالحقوق المكتسبة للطرف الثانى لاسند له من القانون ، كما هو الحال بالنسبة للقيد الأول الخاص بالغش والتحايل على القانون .

والواقع أن الرأى الذى نحن بصدده يخرج بنا عن قصد المشرع فى القانون ٤٦٢ الذى استبعد فكرة الغش نحو القانون ـ كما أشرنا إلى ذلك من قبل ـ فى حالة التغيير فى الديانة أو المذهب أو الطائفة قبل رفع الدعوى ، وحالة التغيير إلى الاسلام بعد رفعها ؛ وقد أقام المشرع فى هذه الحالة قرينة لاتقبل إثبات العكس أن التغيير فى تلك الحالات جميعها قد تم بحسن نية وليس بقصد التحايل ، ولذلك قرر الاعتداد بالتغيير فى جميع الحالات دون أن يباح لأحد البحث عن دوافع هذا التغيير أما فى حالة التغيير بعد رفع الدعوى وإلى غير الاسلام فانه لايعتد به ولا يترتب عليه أثر وذلك لأن المشرع يفترض ، فى هذه الحالة، فرضاً غير قابل لاثبات العكس ، أن مثل هذا التغيير قد قصد منه التحايل والتهرب من أحكام القانون الأول . ولهذا لم يرتب عليه أثره . هذا هو ما قصده المشرع . فهو لم يقيد من التغيير فى الديانة أو المذهب أو الطائفة بفكرة الغش نحو القانون ، ولا بفكرة الحقوق المكتسبة التى لا تتعارض مع استعمال الدين الجديد . وإذا كان المشرع يرتب على التغيير أثراً معينا وهو تعديل الاختصاص التشريعى . فانه لم يقيد من هذا الاثر ، ومعنى ذلك أنه إذا ثبت الاختصاص التشريعى . على أثر تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة ، للشريعة الاسلامية مثلا ، فان تطبيق هذه الشريعة لاينبغى التقييد منه بالحقوق المكتسبة للطرف الآخر ، بل تطبق بكل أحكامها فى شأن العلاقة التى غير أحد أطرافها ديانته [1] .

ولايفوتنا فى هذا الصدد أن نشير إلى حكم ، سبق أن أشرنا إليه من قبل ، تقرر فيه أنه « إذا تبين أن طرفى النزاع وقت رفع الدعوى مختلفان فى

(١) وقد أيد فقه الحديث هذا الذى ذهبنا إليه خاصة لمخالفته لحكم المادة السابعة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . أنظر جميل الشرقاوى (١٩٥٩-١٩٦٠) ص ٣٩ - ٤١ ، احمد سلامة ، الطبعة الثانية رقم ١٤٧ وما بعدها . عبد الودود يحيى ، السابق ص ٧..

الملة . فلا محل للبحث وراء الدافع للزوج عن سلوكه هذا ، لأن ذلك يتعلق بشعوره النفسانى الذى فرغ من إظهاره رسمياً باعتناقه مذهبا جديداً . وليس لأحد سلطان عليه ، لأن الاعتقاد الدينى مسألة نفسانية محضة لا يمكن لأى هيئة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الرسمية الخارجية ، لأن لكل إنسان مطلق الحرية فى اعتناق المذهب الذى يراه صالحا» [1]

كما لا يفوتنا أن نشير إلى ما أخذت به محكمة النقض فى حكم حديث لها أقرت فيه ما ذهبنا إليه هنا من ترتيب الآثار الجديدة على الديانة التى تم التغيير إليها ، وعدم الأخذ بفكرة الغش ولا بفكرة الحقوق المكتسبة فى ظل الوضع السابق . فقد رفضت محكمتنا العليا حكم استئناف القاهرة الذى قضى للزوجة بالتعويض على زوجها الذى اعتنق الاسلام ، لأنه استعمل حق الطلاق استعمالا غير مشروع ، إذ أنه قصد من ورائه إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة وهى إسقاط النفقة الصادرة للزوجة طبقا لأحكام شريعة العقد . وقد قررت المحكمة أن ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف يخالف القانون ، « ذلك أن الحكم الصادر بالنفقة يحوز حجية مؤقته ... كما أن عقد الزواج لا يكسب أيا من الزوجين ، فيما يختص بالطلاق أو التطليق ، حقا مستقراً ؛ ولا يصح التحدى من أحد الزوجين قبل الآخر بأن له حقا مكتسباً فى استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقاً للقانون الذى كان يحكم به قبل تغيير الزوج ديانته . والثابت من الأوراق أنه مع اعتناق الطاعن الاسلام لم يعد لحكم النفقة الصادر من المجلس الملى وجود فيما جاوز مدة السنة بعد إيقاع الطاعن الطلاق . . وقد استوفت المطعون عليها حقها فى هذا الخصوص ،

(١) محكمة القاهرة الابتدائية فى ٢١ مايو ١٩٥٦ ، صالح حنفى ، المرجع جزء ١ ص ٢٧٤

فليس لها بعد ذلك أن تتحدى بقيام حكم هذه النفقة المقضى لهـا بهـا من المجلس الملى . . والحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر واعتبر أن إيقاع الطاعن للطلاق كان قد قصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة ، وهى إسقاط حكم النفقة المشار اليه يـكون قـد خالف القانون . . . » [١]

٦٠ – هل يجوز الحكم بالتعويض على من غير ديانته أو مذهبه أو طائفة ؟

رأينا فيما سبق أن المشرع يرتب على التغيير فى الديانة أو فى الطائفة والملة قبل رفع الدعوى أو بعد رفعها إذا كان إلى الاسلام كل آثاره من حيث الاختصاص التشريعى ، دون الحد من هذه الآثار بفكرة الحقوق المكتسبة للطرف الآخر والتى لا تتعارض مع الدين الجديد ، ودون البحث عن حقيقة نوايا الأفـراد والدافع لهم إلى هذا التغيير .

ولـكن على الرغم من أن المشرع قد رتب على التغيير آثاره فى الحدود السابقة ، فقد رأى البعض أنه مع التسليم بهذه الآثار ، إلا أنه يمكن الحـكم بالتعويض فى هذه الحالة ، وذلك للتوفيق بين مصالح الزوج ومصالح الزوجة ، والتعويض يحكم به على من غـير ديانته وتسبب بذلك فى تغيير القواعـد التى كانت واجبة التطبيق .

وقد استند الرأى القائل بالتعويض فى هذه الحالة إلى بعض أحكام القضاء ، ثم إلى نظرية التعسف فى استعمال الحق ، فهل كان هذا الاتجاه موفقا ؟

أما عن موقف القضاء فى هـذا الصدد ، فقد صدرت بعض أحكام تقضى بالتعويض للطرف الآخر الذى لم يغير ديانته أو مذهبه . ومن ذلك حكم صادر من المحاكم المختلطة قضت فيه بالتعويض لزوجة يونانية الجنسية أسلم زوجها وتجنس

---

(١) نقض فى ٣٠ يناير ١٩٦٣ طعن رقم ٥٣٢ س ٢٦ ق ، مجموعة المكتب الفنى س ١٤ عدد ١ رقم ٢٤ ص ١٨٩ .

بجنسية أخرى ، وتوصل بذلك إلى إنهاء عقد الزواج الذى تم طبقا لمذهب الكنيسة اليونانية الأرثوذكسية . وجاء فى هذا الحكم أنه «لايجوز للشخص أن يتحلل بمحض إرادته من عقد تم فى ظروف معينة لها طابع من الاستقرار ، ولا أن يغير هذه الظروف دون أن يعوض من أصابة ضرر من هذا التغيير . وعلى ذلك فاذا تعلق الأمر بعقد زواج أبرم طبقا لمذهب الكنيسة اليونانية الأرثوذكسية التى كان يتبعها الزوجان ، فان الزوج الذى غير ديانته وجنسيته اليونانية ثم طلق زوجته التى بقيت على جنسيتها اليونانية ، يلتزم بتعويض هذه الزوجة التى لاينبغى أن تترك بدون مورد . ويراعى فى تقدير التعويض ثروة الزوج من جهة ، ومركز الزوجة الاجتماعى من جهة أخرى[١] . ويتضح من هذا الحكم أنه إذا كان قد أقر بتغيير الديانة ورتب عليه أثره ، وهو الاستفادة من الوضع الجديد وإمكان توقيع الطلاق ، إلا أنه يلزم الزوج بالتعويض . ومبنى التعويض فى هذه الحالة أن الزوج قد غير بفعله هو الظروف التى تم فيها العقد توصلا إلى إنهائه ، وهذا يعد عملا ضاراً يوجب الحكم عليه بالتعويض . هذا ماقضت به المحاكم فى هـذا الصـدد[٢] .

ولكن هذا الاتجاه قد وجه اليه النقد[٣] . ذلك لأنه إذا سلم للزوج بالحق فى إيقاع الطلاق بناء على الشريعة الجديدة التى انتقل إليها ، فلماذا نعود من جهة أخرى ، ونلزمه بالتعويض ، مع أنه استعمل حقا خوله القانون إياه . فاذا

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ يونيو ١٩٠٧ البلتان س ١٩ ص ٢٨٧

(٢) أنظر ما أشار اليه عزيز خانكى فى بحثه بمجلة المحاماة س ٢٠ وخاصة ص ٨٦٢ فى شأن القضاء بالتعويض ، وأنظر أيضا حكما اخر صادرا من المحاكم المختلطة فى ٢ مايو ١٩٤٦ البلتان س ٥٨ ص ١٣٦ .

(٣) أنظر حامد زكى ، القانون والاقتصاد ، س ٥ ص ٣١٢ ، وأنظر أيضا اهاب اسماعيل ، السابق ص ١١٠ — ١١١ ، فقرة ٦٠ — ٦٣ .

سلمت المحكمة بحق الزوج فى تغيير ديانته وبالتالى بحقه فيما يترتب على ذلك من آثار من حيث إمكان تطليق زوجته ، فلماذا نحكم عليه بالتعويض بعد ذلك ، أليس فى هذا ما ينافى اعترافها بالاثر المترتب على تغيير الديانة (١) . هذا هو ما وجه من نقد إلى الاتجاه السابق .

ولكن هذا النقد جعل البعض (٢) يبحث عن أساس آخر للاستناد إليه فى الحكم بالتعويض فى حالة تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة . وقد رأوا فى نصوص القانون المدنى الخاصة بالتعسف فى استعمال الحق ما يعينهم على ذلك . فقد نصت المادة٥ على أن استعمال الحق يكون غير مشروع :«(١) إذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير . (ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لاتتناسب البتة مع مايصيب الغير من ضرر بسببها ...». واستنادا إلى ماجاء فى هذا النص قيل إن الزوجة التى يطلقها زوجها بعد تغيير مذهبه أو دينه تستحق التعويض بسبب تعسفه فى استعمال حقه أو استعماله فقط للاضرار بها .ولذلك قيل إن التعويض يقضى به إذا كان التغيير قد تم بقصد الغش والتحايل للتهرب من أحكام الشريعة القديمة والاستفادة من المزايا التى تخولها الشريعة الجديدة .

وقد حاول القائلون بهذا الرأى تدعيم رأيهم ؛ فقالوا إن نظرية التعسف فى استعمال الحق لها من العموم مايجعلها تشمل أيضا مسائل الأحوال الشخصية ،

---

(١) ولهذا حاول البعض البحث عن تعليل اخر لتعويض الزوجة فى هذه الحالة (حامد زكى السابق . ص ٣١٤) وقد وجدوا هذا التعليل فى الشريعة الأسلامية إذ يقرر الفقهاء وجوب دفع المهر للمرأة المسيحية المطلقة من زوجها الذى أسلم . فاذا أراد الزوج إذن أن يستفيد من الحقوق التى تقررها الشريعة الاسلامية للازواج ، فيجب عليه أيضا أن يتحمل بالالتزامات التى تفرضها عليهم ... والمهر فى هذه الحالة يقوم مقام التعويض عن الضرر الحاصل للزوجة فعلا ... وواضح أن المهر هنا ليس تعويضا وإنما هو أثر مترتب على الاعتداد بالتغيير وتطبيق الشريعة الاسلامية ، فهو بذلك يختلف عن التعويض كما سنرى بعد قليل .

(٢) اهاب اسماعيل : المرجع السابق ، ص ١١١ وما بعدها فقرة ٦٣ وما بعدها .

واستندوا في ذلك إلى ما جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدنى من أن المشرع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية ، لأن لهذه النظرية من العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحى القانون . . [1] ولما كانت نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية عامة على هذا النحو ، فان أفضل مجال لتطبيقها — كما قيل — هو الأحوال الشخصية في حالة تغيير الديانة أو المذهب بقصد التهرب من أحكام الشريعة التي كانت تحكم العقد والإضرار بالزوجة بتطليقها في غير الحالات المباحة في شريعتها وإسقاط نفقتها [2] . فمن الجائز أن تتجه نية الشخص إلى استعمال حقه في تغيير مذهبه أو ملته بدون سبب سوى الرغبة في التخلص من حكم نفقه وتفويتة على الزوجة دون أى غرض ، فيكون قد استعمل حقه استعمالا غير مشروع ، لأنه لم يقصد به سوى الاضرار بزوجته ، وبذلك تنطبق الفقرة الأولى من المادة الخامسة ، طالما توافرت لديه نية الاضرار ، حتى ولو أفضى استعمال حقه الى تحصيل منفعة له . [3] ومن الممكن أن تنطبق الفقرة الثانية — كما قيل — إذا كانت رغبة الزوج في التخلص من النفقة تدفعه إلى تغيير ملته . . وتطليق زوجته في الحالة التى تظل زوجته مقيدة في طائفتها بالزواج الأول ، إذا كانت هذه الطائفة لا تبيح التحلل من الزواج ، فيكون لذلك قد حصل على منفعة قليلة الأهمية ، وهى إسقاط النفقة ، تتناسب مع ما يصيب الزوجة من ضرر من جراء بقائها مقيدة بالزوج الذى غير ديانته عمداً بنية الغش للتخلص من أحكامها .

---

(١) انظر ما جاء في مذكرة المشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جزء ١ ص ٢٠٧

(٢) انظر اهاب اسماعيل : المرجع السابق ، ١١٢ — ١١٤ .

(٣) انظر الأعمال التحضيرية ، جزء ١ ص ٢٠٩ .

هذا هو ما قال به أنصار هذا الرأى . والشرط الهام عندهم للحكم بالتعويض فى هذه الحالة هو ثبوت نية الغش والتحايل ، وهذه النية لا يبحث عنها للوصول إلى الاعتداد أو عدم الاعتداد بالتغيير — وهو مالا تقره محكمة النقض — وإنما البحث عن نية الغش لا يكون — كما قيل — إلا عند البحث عن التعويض طبقا لنظرية التعسف[1] .

وإذا كان لهذا الرأى وجاهته فى أنه يحاول إيجاد سبيل يستند اليه فى تعويض الطرف الآخر فى علاقته مع من غير ديانته أو مذهبه أو طائفته ، إلا أننا مع ذلك لا نسلم بالاساس الذى استند اليه فى القضاء بالتعويض فى هذه الحالة .

وأول ما ينبغى أن نلفت النظر اليه فى صدد الاستناد إلى نظرية التعسف فى استعمال الحق ، هو أن حرية تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة ليست حقا (Droit) وإنما هى رخصة (Facuté) ، وفرق بين الحق والرخصة . فالحق إنما هو استئثار لشخص معين يحميه القانون . هذا الاستئثار يعطى للشخص ميزات ينفرد بها دون غيره من الناس ، وهو ينفرد بها فى مواجهة الآخرين[2] . أما الرخص أو الحريات العامة — ومنها حرية العقيدة — فانها ليست كذلك ، فهى حريات كفلتها الدساتير للافراد ؛ ولا يستأثر بها أحد دون غيره من الناس . فلكل إنسان حرية العقيدة . ولا تعارض بين ماهو مقرر له من حرية وبين حرية الغير ؛ ولكن الجميع على قدم المساواة ، إذ يعترف بها للناس كافة .[3]

---

(١) أنظر : اهاب اسماعيل ، السابق ، ص ١١٥ .

(٢) أنظر فى تعريف الحق : نظرية الحق للمؤلف ؛ ط ١ سنة ١٩٦٠ ص ٣٣ وما بعدها.

(٣) فالملكية حق والتملك رخصة ذلك أن القانون كفل لجميع الناس الحرية فى أن يتملكوا طبقا للقواعد التى قررها فى أسباب الملك ، ومن ثم فالتملك رخصة ، فاذا ماكسب الشخص ملكية شيء معين بسبب من أسباب الملك انتقل من الرخصة الى الحق ، وأصبحت له مصلحة معينه مرسومة الحدود هى حق الملكية على الشيء المعين الذى ملكه ، وهى مصلحة يحميها القانون (أنظر السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٢ ؛ ص ٨١٠ فقرة ٥٤٤) .

وإذا ما انتهينا إلى أن تغيير العقيدة ليس حقاً محدداً بالمعنى الذى ينصرف إليه تعريف الحق على ما بينا ، وأنه ليس إلا حرية من الحريات العامة ، وبالتالى تتعلق بالنظام العام ، ثار التساؤل عما إذا كانت ممارسة هذه الحرية تخضع لاساءة استعمال الحق ؟

لقد قيل إن التعسف لا يرد إلا على استعمال الحقوق وحدها . أما الرخص فلا يرد عليها التعسف [1] . وإذ اسلمنا بأن حرية العقيدة رخصة أمكن القول بأنه لا يرد عليها التعسف [2] . ولكن الفقه يرى أن الرجل العادى إذا أتى رخصة

---

(١) أنظر فى هذا مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، جزء ١ ص ٢٠١ فى الهامش

(٢) وإذا كان الخلاف قد ثار فى محيط الفقه بصدد نطاق إعمال نظرية التعسف فى استعمال الحق ، وقيل فى اتجاه أول بقصر نطاق تطبيقها على الحقوق بالمعنى الدقيق دون الحريات العامة أو الرخص (وقد أخذ بهذه التفرقة جانب كبير من الفقه فى فرنسا ومصر ـ أنظر رسالة الدكتور حسن كيره فى نظرية التعسف فى استعمال الحق ، باريس ١٩٥٢ ص ٦٣-١٢٢) كما قيل فى اتجاه ثان بأنه لاداعى لهذه التفرقة وبإمكان إعمال هذه النظرية حتى بالنسبة للحريات العامة أو الرخص (أنظر الدكتور اسماعيل غانم فى بحث له بعنوان « تجدد عقد العمل المحدد المدة - تطبيق نظرية التعسف على رفض التعاقد » بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية يصدرها أساتذة حقوق عين شمس عدد ٢ السنه الرابعه ١٩٦٢ خاصه رقم ٣٤ وما بعدها ص ٣٨٧ وما بعدها) ؛ فان من أنصار هذا الاتجاه الاخير من يرون أنه من الجائز أن يثور البحث بالنسبة لبعض الحريات كما يثور بالنسبة لبعض الحقوق المعينه ، حول ما إذا كان من المصلحة إجراء نظرية التعسف عليها ، أم يحسن أن تترك لمحض تقدير من يمارسها ، دون أية رقابة عليه فى استعمالها . فيتصور أن يقال بوجود حريات تقديرية مطلقة على غرار ما يذهب إليه البعض من وجود حقوق معينة تقديرية مطلقة . كما يتصور من باب أولى أن يكون الأصل بالنسبة لبعض الحريات هو عدم اجراء نظرية التعسف عليها ، فلا ينظر بحسب هذا الاصل فى بواعث استعمالها ونحن إذا كنا لا نرى فى حرية تغيير العقيدة إلا حرية من الحريات العامة أو رخصة من الرخص التى تثبت للشخص ويكون له أن يمارسها أولا يمارسها ، فاننا نرى أنه لا يخضع للتعسف بحسب الرأى الأول الذى يرى إقصاء الحريات أو الرخص من الخضوع للتعسف ، كما أنه بحسب الرأى الثانى الذى يرى أنه لا يوجد سبب قبلى لا بعاد الحريات أو الرخص من الخضوع للتعسف ، لا نرى مانعا من القول بدخولها فى نطاق الحريات التى لا تخضع للتعسف فى الأصل ، والتى لا ينبغى أن ينظر فى بواعث استعمالها ، خاصة أن عدم النظر فى تلك =

فانه يلتزم قدرا من الحيطة والتبصر حتى لا يضر بالغير. وإذا ما انحرف الشخص ، وهو يأتى رخصة من الرخص ، عن السلوك المألوف من الرجل العادى فان هذا الانحراف فى السلوك يعتبر خطأ يرتب مسئوليته[1] . إلا أنه فى هذه الحالة يتعين أن يثبت خطأ فى جانب هذا الشخص . وهنا تثور الصعوبة بالنسبة لكيفية إثبات الخطأ فى تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة . فكيف تثبت الخطأ فى جانب من غير ديانته أو مذهبه أو طائفته ؟ إن المشرع يسلم بما يترتب على هذا التغيير من آثار ، وهذا يعنى مشروعية سلوك الشخص الذى غير ديانته أو مذهبه . . . فكيف نستبيح لأنفسنا الحق فى إثبات أن هذا السلوك خاطىء فى الوقت الذى يعترف فيه المشرع بمشروعيته وبأنه بعيد عن كل نقد . ثم إنه لكى تثبت الخطأ فى جانب من غير ديانته أو مذهبه . . لابد أن تثبت أنه تعمد الاضرار ، بالطرف الآخر ، وهذا يقتضى أن ندخل فى نطاق النوايا والدوافع التى دفعت الأفراد إلى التغيير ، وهو أمر لا يقره المشرع الذى يعتد بالتغيير ويرتب عليه أثره من حيث الاختصاص التشريعى ، طالما أنه تم قبل رفع الدعوى أو بعد رفعها إذا كان إلى الاسلام ، فالمشرع — كما قدمنا — يأخذ فى هذا النطاق بفكرة النظام العام ؛ ويعطى لمن غير ديانته أو مذهبه أو طائفته أن يستفيد من هذا التغيير ، نظرا لمساسة بحرية

البواعث هو ما يقتضيه القانون (أنظر فى هذا الموضوع أيضا بحثا لنا بعنوان « الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض فى حالة العدول عنها » رقم ٦ ، ص ٤٦ وما بعدها من البحث . وهو منشور بمجلة كلية الحقوق جامعة الاسكندرية العدد الثالث والرابع عام ٦١ — ١٩٦٢)

(١) الوسيط ، المرجع السابق ، ٨١١ .

وإذا كان هذا يصدق بالنسبة لاثبات الرخص بصفة عامة ، فانه قد لا يصدق فى بعض الحالات كما هو الشأن بالنسبة لتغيير العقيدة على ما سنرى فى المتن .

العقيدة ، مع استبعاد فكرة الغش والتحايل نحو القانون ، وقطع السبيل إلى إمكان البحث عن النوايا والدوافع التى دفعت إلى التغيير ، وما إذا كان قدقصد منه الخلاص من الوضع الأول والاستفادة من الوضع الجديد إضراراً بالطرف الآخر . وإذا كان المشرع يعتد بآثار التغيير ، فان هذا يعنى ضرورة تجنب البحث عن النوايا ، وهذا أيضا ماتقرره محكمة النقض ، كما قدمنا ، إذ لاتبيح الدخول فى النوايا والدوافع ، طالما أن التغيير قد تم وأفرغ فى الاجراءات المطلوبة [1] .

وإذا ما انتهينا إلى ذلك فاننا نرى أنصار الرأى الذين نحن بصدده يقولون إن البحث عن النوايا الذى يمتنع علينا القيام به فى هذا الصدد هو البحث عن النوايا لكى نعتد أولانعتد بالتغيير . فهذا هو الذى يمتنع بحثه ، وهذا هو الذى تعنيه محكمة النقض بقولها إنه لايجوز البحث فى العوامل النفسانية التى أدت إلى التغيير . أما البحث فى النوايا والدوافع للوقوف على ما اذا كان التغيير قد تم بقصد التحايل والغش أم لم يتم بهذا القصد ، توصلا بذلك الى الحكم بالتعويض للطرف الآخر ، فان هذا لايمتنع . فاذا ثبت الغش حكم بالتعويض .

ويبدو لنا أن هذا التخريج غير مقبول . فمرة لا نعتد بالغش ونرتب على التغيير أثره ، وهو ما يترتب دائما حتى ولو كان هناك غش من حيث الواقع والحقيقة ، ومرة نعتد بالغش ونرتب عليه الحكم بالتعويض . فالبحث عن النوايا

(١) هذا ماذهبنا إليه فى الطبعة الأولى من هذا الكتاب ، وهو ما يتجه إليه الفقه ، أنظر احمد سلامه الطبعة الثانية ١٩٦٢ رقم ١٥٤ . ويبدو أن البعض قد فهم مما ذهبنا إليه أن التغيير يعتبر تعسفا فى استعمال الحق ، مع أننا لم نقل بهذا على الاطلاق (أنظر جميل الشرقاوى ١٩٥٩ - ١٩٦٠ ص ٤١ هامش ٢) . بل قلنا « لما كانت حرية العقيدة رخصة فانه لا يرد عليها التعسف » ص ١٩١ من الطبعة الأولى .

والدوافع إلى التغيير محرم فى حالة ، محلل فى أخرى. ومعنى ذلك أن طبيعة النوايا والدوافع على التغيير تتغير بحسب الجانب الذى ننظر إليها منه ، وهذا غير منطقى وغير مقبول ، فما يمنع البحث فى النوايا بقصد معرفة الغش والتحايل أى بقصد إظهارها آثمة ، فى حالة ، يمنعه أيضاً فى الحالة الأخرى . ولو أراد المشرع ذلك لفتح السبيل إلى البحث عن هذه الدوافع ، وخاصة أنه حينما نص فى المادة السابعة من القانون ٤٦٢ على الاعتداد بالتغيير فى بعض الصور ، كان أمامه فقه غنى فى موضوع تغيير الديانة والمذهب ، تعددت فيه الآراء على النحو السابق بيانه . ولكن المشرع على العكس من ذلك اعتد بالتغيير فى بعض الصور ، ورتب عليه أثره ، وجعل منه فعلا مشروعا ، فلا يصح أن نأتى بعد ذلك ونلحق به وصف الخطأ[1] .

ومن ذلك نرى أن إمكان الحكم بالتعويض فى حالة تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة على اعتبار أن هذا التغيير يعد تعسفاً فى استعمال الحق ، لا يمكن التسليم به ، ذلك لأن أساس فكرة التعسف فى استعمال الحق هو الخطأ ، كما هو الشأن أيضاً بالنسبة للتعويض عن الخطأ فى حالة الخروج عن حدود الرخصة ، وإذا ما سلمنا بإمكان الحكم بالتعويض على أساس هذه الفكرة ، فاننا نستبيح لأنفسنا سلطة تقدير بواعث تغيير العقيدة ، وهذا ما يخالف ما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، كما أنه لا يتفق مع نصوص التشريع التى تعتد بالآثار المترتبة على التغيير فى بعض الصور ، وتمنع تبعاً لذلك التعرض للدوافع أو للبواعث التى

---

(١) هذا ما ذهبنا إليه فى الطبعة الاولى من هذا الكتاب ، وهو ما يوافقنا الفقه عليه (أنظر احمد سلامة ، الطبعة ٢ رقم ١٥٢ . وكذلك جميل الشرقاوى ، السابق ص ٤١ هامش ٢ . ومع ذلك فان صاحب الرأى الذى نعرض له لازال مصرا عليه (كتابه : أصول الأحوال الشخصية ١٩٦٢ رقم ١٤٢) ويقول فليس هناك مايمنع من بحث البواعث على تغيير الديانة عند بحثنا فى الانحراف فى ممارسة هذه الرخصه » ص ٢٣٠ ، مع أن ما يقول يتعارض مع صراحة أحكام النقض ، ومع ما يقضى به القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فى المادة السابعة على نحو ما بينا.

حدث بالأفراد إلى التغيير ، مفترضة فرضاً غير قابل لإثبات العكس استبعادنية الغش والتحايل ، مخولة لمن غير ديانته أو مذهبه ـ فى تلك الصور ـ الاستفادة من وضعه الجديد بعد التغيير .

٦١ـ حقيقة وضع المسألة بالنسبة الى الحكم بالتعويض : والواقع أن الفقه قد ربط فى هذا الصدد بين مسألتين ينبغى أن نفصل بينهما حتى يمكن توضيح الموضوع . ذلك أنه لما كان من يغير ديانته أو مذهبه أو طائفته كثيراً ما يلجأ إلى ذلك للاستفادة من الوضع الجديد ، وبالتالى للتوصل إلى الاضرار بالطرف الآخر ، فقد ربط الفقه بين التغيير والتعسف فى استعمال الحقوق التى يخولها الوضع الجديد بعد التغيير ، حتى أنه يلاحظ أن المثل الذى يضرب به دائما من يعترض على التسليم بآثار تغيير الديانة أو المذهب بصورة مطلقة هو حالة تغيير أحد الزوجين المسيحيين [1] لديانته أو لمذهبه توصلا إلى تطبيق الشريعة الاسلامية ، لكى يتسنى له أن يطلق زوجته . ولذلك ربط الفقه بين تغيير الديانة أو المذهب فى ذاته ، وبين ما ينشأ من حقوق جديدة يخولها الوضع الجديد ، مع أنه ينبغى التفرقة بينهما . وعلى ضوء هذه التفرقة نرى ماذا يكون الحكم .

أما عن الجانب الأول وهو تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة فإنه ليس هناك من سبيل إلى الحد منه ، إذ المشرع لا يضع قيوداً على حرية الأفراد . ولكل إنسان أن يعتنق الديانه أو المذهب الذى يروق له ، أو ينتقل من طائفة إلى أخرى كيفما شاء . ولا جدال فى أن المشرع يعتد بهذا التغيير ، فلا يحد منه

---

(١) ولا يثور الأمر بالنسبة لليهود ، نظر الامكان الطلاق عندهم ، كما هو الشأن بالنسبة للمسلمين ، مع مراعاة استلزام المسوغ الشرعى بالنسبة للقرائين (أنظر فى شروط الطلاق : شعار الخضر ، السابق ص ١٢٦ وما بعدها) .

فى ذاته ، بل إنه يعتد بما يترتب عليه من آثار فى الحالات التى يعترف فيها بترتيب آثار لهذا التغيير .

ولا يمكن فى ظل الوضع الحالى أن تقيد من حرية الافراد فى اعتناق ما يشاؤون من ديانات ، أوفى سلوك مذهب معين فى فهم تلك الديانات. هذا هو الوضع بالنسبة للجانب الأول من المسألة ، وهو حرية تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة . فهذه حرية مطلقة ولا جدال فى ذلك ، بل ولا يمكن أن يرد على هذه الحرية أى تعسف .

أما عن الجانب الثانى فى هذا الموضوع ، فهو مايترتب على التغييرمن آثار . هذه الآثار ينبغى أن يعتد بها فى الحالات التى قرر المشرع فيها ذلك ، أى حالة التغيير قبل رفع الدعوى أو حالة التغيير أثناء سير الدعوى إذا كان إلى الاسلام ، وينبغى أن يعتد بها دون قيود أو حدود ، فتطبق الشريعة الجديدة بكامل قواعدها متى تم التغيير فى الصورة المطلوبة . فإذا كانت الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق [1] ، كان لمن غير ديانته أن يستفيد من كل أحكامها ، دون قيد ، لان المشرع قد اعتد بذلك وأقره .

وفى الحالة التى يتم فيها التغيير إلى الاسلام [2] ، وهو الفرض الذى يستند

---

(١) أما إذا لم يكن من شان التغيير أن يؤدى إلى تطبيق الشريعة الاسلامية ، بل كان يؤدى إلى تطبيق الشريعة الخاصة ، بان كان الطرفان مختلفين فاتحدا مثلا ، فليس هناك مجال للتضرر . (أنظر أحمد سلامه ، ط ٢ السابق رقم ١٥٨ ص ٣٢٨) .

(٢) أما فى جميع الحالات الأخرى التى يتم فيها التغيير ، بحيث تكون الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق ، كما هو الشأن فى حالة تغيير أحد الطرفين لملته أو طائفته بصورة تنفى الاختصاص عن شريعتها الخاصة ، فان الحكم الذى سنقوله فى المتن لن يختلف فى الأصل ، مع مراعاة ما هنالك من أحكام خاصة بغير المسلمين عند إعمال أحكام الشريعة الاسلامية فى شانهم من حيث مراعاة حكم المادة ٩٩ فقرة أخيرة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، ومن حيث عدم إمكان ايقاع غير المسلم الطلاق بيمينه ، بصفة مطلقة على نحو ما سنرى فيما بعد . والواقع أن الفرض نعرض له هو ما يعرض من الناحية العملية.

إليه الفقه ، كما قدمنا ، لبيان ما يترتب على تغيير الديانة من اساءات ، بالتجاء الزوج الذى أسلم الى طلاق زوجته ، ينبغى أن يعطى من غير ديانتــه واعتنق الاسلام ، يعطى من الحقوق ما لا يقل عما يقرره القانون لغيره من المسلمين الذين تنطبق عليهم أحكام الشريعة الاسلامية ، ومن بين هذه الحقوق حق الزوج فى ايقاع الطلاق . واذا ما انتقلنا الى نطاق تطبيق الشريعة الاسلامية ومــدى ما تعطيه للافراد من حق فى إيقاع الطلاق ، فإننا نجد الخلاف يثور حول هذا الحق، ومدى تقييده . وهنا توجد حقيقة المشكلة ، وهل يمــكن أن يرد التعسف على حق الزوج فى إيقاع الطلاق أو لا يرد ، وليست المشكلة فى أن يرد التعسف على مدى حرية الشخص فى تغيير ديانته أو مذهبه .

واذا ما وقفنا لدى الحق فى إيقاع الطلاق الذى ينشأ للزوج فى ظل الوضــع الجديد بعد تغيير ديانته ، تعين علينا أن نبين ما هو حكم الفقه والقضاء فى شأنه.

وبالرجوع الى الشريعة الاسلامية ، نرى أنها تبيح الطلاق ؛ ولهذا يتعين أن يــكون لمن اعتنق الاسلام هذا الحق أيضاً . ولــكن اذا كانت الشريعة الاسلامية تبيح الطلاق فإنها تعتبره « أبغض المباحات الى الله » .

وهذا مادعا الفقهاء إلى تقييد هذا الحق بأن يكون استعماله متجهاً إلى الحــكمة التى شرع من أجلها ، وهى الخلاص من رابطة الزوجية عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله ، بحيث يفوت الغرض المقصود من النكاح ، وينقلب مضرة . كما قيد الفقهاء هذا الحق كذلك بألا يــكون بطريقة فى ذاتها مسببة لضرر يلحق بالمطلقة ، فوق ما يصيبها من حل رابطة الزوجية . فالطلاق إذن ترد عليه القيود كغيره من الحقوق الأخرى فى الشريعة الاسلامية [1] .

---

(١) أنظر فى هذا رسالة الدكتور السعيد مصطفى السعيد : « مدى استعمال حقوق =

وإذا ما أردنا أن نعرف اتجاه المحاكم فى هذا الصدد ، أمكننا أن نفرق بين اتجاهين : فمن المحاكم ما يقرر أن حق إيقاع الطلاق حق مطلق للزوج المسلم ، يستعمله كيف شاء ولا يلزم بأية تعويضات مالية للزوجة ، طالما أنها قد أخذت مؤخر صداقها ونفقة عدتها التى تقدر بحسب الحالة المالية للمطلق . بل إن المحاكم فى هذا الاتجاه الأول ترى أن هذا الحق مقرر ، حتى ولو كان بلا سبب . فليس على المطلق من حرج إلا أن يكون فعله مبغوضاً عند الله ، كمن يرتكب معصية دينية . ورفض هذا الفريق من المحاكم القضاء للزوجة بالتعويض عن الطلاق استناداً إلى أحكام المسئولية فى القانون المدنى . لأن القانون الخاص الذى يخضع له الزوجان ، وهو الشريعة الاسلامية ، قد حدد التعويض الذى تستحقه الزوجة فى حالة الطلاق بنفقة العدة ومؤخر الصداق. ويضيف القضاء إلى ذلك أن الأخذ بهذا قد يكون فيه إحراج عظيم للأزواج وإلزامهم معاشرة من لا يطيقون معاشرتها من النساء لعيوب نفسية أو خلقية ، وفى ذلك من نكد العيش ما لا يخفى . هذا هو الاتجاه الأول الذى اتجهت إليه أحكام بعض المحاكم [1] .

= الزوجية وما تتقيد به فى الشريعة الاسلامية والقانون المصرى الحديث » القاهرة ١٩٣٦ ، ص ٢٢٩ وما بعدها . وانظر كذلك الدكتور محمد يوسف موسى : أحكام الأحوال الشخصية ، ١٩٥٦ ، ص ٢٥٦ رقم ٣٣٨ وما بعدها ، وما استدل به فى هذا الشأن .

وكذلك : الأستاذ عمر عبد الله : أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية ، الطبعة ١ سنة ١٩٥٦ ، ص ٢٨٦ — ٢٨٨ ، وكذلك ص ٢٩٢ — ٢٩٣ ، الاستاذ بدران أبو العينين بدران : الزواج والطلاق فى الاسلام ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٧ ص ١٨٩ وما بعدها . والطبعة الثانية ، ١٩٦١ خاصة رقم ٢٢٨ ص ٢١٦ وكذلك رقم ٢٢٦ ص ٢١٤ ، وما أورداه فى هذا الخصوص .

(١) أنظر فى هذا : محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٠ يونيو ١٩٢٣ ، البلتان س ٣٤ ص ٤٨٦ والجازيت س ١٣ رقم ٩٩ ص ٥٥ ، محكمة الاستئناف الأهلية فى ٢٢ يناير ١٩٣٦ المحاماة س ١٧ رقم ٥٨ ص ١١٩ ، استئناف مصر فى ١٨ ديسمبر ١٩٢٧ المجموعة الرسمية س ٢٩ رقم ٣٨ ص ٨٢ ، والمحاماة س ٨ رقم ٣٢٥ ص ٤٩٧ ، محكمة مصر الابتدائية الأهلية فى ٩ نوفمبر ١٩٣١ ، المحاماة س ١٥ القسم الثانى رقم ١٢٧ ص ٢٥٦ .

وهناك فريق آخر من المحاكم يتجه وجهة أخرى ، ويرى أن الطلاق ممنوع لا يباح إلا إذا تحققت الحاجة إليه ، فهو مقيد . وإذا ما أوقع الزوج الطلاق فى غير الحالات التى يكون فيها للطلاق سبب ، وبغير أن يلتجىء إلى وسائل التوفيق ، وأوقع الضرر بمطلقته فى سمعتها وفى مستقبلها [١] ، يكون قد أساء استعمال الحق ، ويلزم بالتعويض . والتعويض الذى تستحقه الزوجة فى هذه الحالة لا يتعارض مع نفقة العدة ومؤخر الصداق لاختلاف أسباب كل منها [٢] .

هذا هو موقف المحاكم فى صدد استعمال الزوج لحقه فى إيقاع الطلاق . ويبدو أن الاتجاه الآن يسير نحو تقييد حق الزوج فى إيقاع الطلاق والحكم عليه بالتعويض إذا تبين أنه أساء استعمال هذا الحق ، وخاصة أن هذا هو ما يتفق والرأى الراجح فى الشريعة الاسلامية . إذ طبقا لهذا الرأى يجب تقييد حق الطلاق ، كما قدمنا ، باعتباره من أبغض المباحات إلى الله . وكثير من الفقهاء يرون أن الأصل فى الطلاق الحظر ، ولا يباح إلا لحاجة ، بحيث إذا انتفت هذه الحاجة بقى على أصله من الحظر [٣] .

---

(١) وكانت الزوجة مدرسة تركت عملها بسبب الزواج .

(٢) محكمة شبين الكوم الاهلية الكلية فى ١٠ ديسمبر ١٩٣٠ المحاماة س ١١ رقم ٢٧٢ ص ٥٤٠ ، مصر الكلية فى ١٠ ديسمبر ١٩٣٢ المحاماة س ١٣ رقم ٥٦٤ ص ١١٣٣ ، مصر الأهلية فى ٢٠ يناير ١٩٢٦ ، المجموعة الرسمية س ٢٨ رقم ٦٥ ص ١٠٧ والمحاماة س ٦ رقم ٢٥٥ ص ٣٣٣ .
والظاهر أن المحاكم تتجه حديثا إلى الأخذ بهذه الوجهة الأخيرة .

(٣) أنظر الفقهاء الذين أشار إليهم الدكتور محمد يوسف موسى ، المرجع السابق رقم ٣٣٩ — ٣٤١ وكذلك بدران أبو العينين بدران ، السابق ، ص ٢١٧ رقم ٢٢٨ . وقد رجح هذان الفقيهان ضرورة أن يكون للطلاق سبب . وانظر كذلك : السعيد مصطفى السعيد ، السابق ص ٢٥١ — ٢٥٣ . حسن كيره : أصول القانون ط ٢ رقم ٤١٤ والمراجع التى أشار إليها فى هذا الصدد .

ولهـذا تجب الرقابة على استعمال حق الطـلاق ، فلا يـكون إلا لأسباب جدية مشروعة . وهذا ما أيدته محكمة النقض عندنا بطريقة غير مباشرة حيث قررت مبدأ صحة تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها ، وعدم مخالفة مثل هـذا التعهد لأحكام الشريعة الاسلامية ولا لقواعـد النظام العام ، وإن كانت المحكمة قد قررت أن هذ التعهد ينتفى الالتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل أتته هي ، اضطره إلى ذلك[1] .

ولعل مما يزيد فى تأييد هذا الاتجاه فى ظل القانون الوضعى عندنا ، هو ما أخذ به المشرع من وضع نظرية عامة فى التعسف فى استعمال الحق . وإذا كان القضاء قد تحرز من التوسع فى إعمال هذه النظرية فى ظل القانون السابق ، أمام خلوه من نظرية تعالج التعسف فى استعمال الحق ، كما قيل [2] ، فانه لاداعى لهذا التردد الآن بعد أن أخذ بهـذه النظريـة وعممت ، فلم تعد قاصرة على بعض الحقوق دون البعض الآخر .

وهذا ما اتجه إليه القضاء الحديث . فقد استلزم أن يـكون للطلاق سبب ، وإذا حصل بغير ذلك كان حراما . حقا إنه يترتب على الطلاق آثاره ، من حيث إنهائه الرابطة الزوجية ، إلا أن الشريعة لاتمنع « إلزام الزوج الخارج فى طلاقه على حكمها من تعويض مطلقته عن الأضرار التى أحدثها بها طلاقه الحرام ، وخاصة إذا كان الرجل لا يقصد من ذلك سوى الـكيد والنكاية . . . ومن حيث أن

---

(١) أنظر حكم النقض فى ٢٩ فبراير ١٩٤٠ طعن رقم ٦٧ س ٩ ق مجموعة عمر جزء ٣ رقم ٣٥ ص ٨٥ .

وانظر فى التعليق على هـذا الحـكم . الدكتور سليمان مرقس ، مجلة القانون والاقتصاد س ١٣ ص ٣٥٤ وما بعدها .

(٢) حسن كيرة ، المرجع السابق رقم ٤١٤ خاصة ص ١١٥٥ .

الطلاق فى الواقع، شأنه شأن سائر الحقوق، يخضع لإشراف القضاء ، فان تبين أن استعماله كان لغرض غير مشروع ، قضى بالتعويض طبقا للمادتين ٤ و ٥ من القانون المدنى . . » [١] .

وإذا ما اتجهنا إلى إقرار مثل هذا الوضع ، فان جزاء التعسف ينحصر فى التعويض النقدى للمطلقة ، إذ لا يمكن إجبار الزوج على معاشرة زوجة لا يرغب فى معاشرتها [٢] .

وهذا هو ماينبغى الوقوف لديه ، فحق الزوج فى إيقاع الطلاق ، قد يعتبر تعسفاً يجيز الحكم بالتعويض على الزوج ، وهو يعد أثراً من آثار تطبيق الشريعة الاسلامية بالنسبة لمن غير ديانته . وهذه مسألة ينبغى النظر اليها بصفة مستقلة عن حرية الافراد فى تغيير الديانة أو المذهب [٣] .

والواقع أنه إذا كان للأفراد حرية كاملة فى تغيير الديانة أو المذهب ، مما يخول لهم من الحقوق ما لم يكن لهم فى ظل الوضع الأول ، ومما قد يؤدى بدوره إلى التلاعب بالأديان والفرار من دين إلى آخر بقصد الحصول على مزايا فى الدين

---

(١) محكمة استئناف القاهرة فى ٢٣ فبراير ١٩٥٨ المحاماة ٣٩ رقم ٣٣٦ ص ١٠٥٧ وانظر حكما آخر من المحكمة نفسها فى ٢٠ نوفمبر ١٩٥٦ المحاماة ٣٨ رقم ٣١٢ ص ٥٨٨

(٢) حسن كيرة ، السابق ، ص ١١٥٦ .

هذا ويراعى أنه لايصح القول بأن نفقة العدة ومؤخر الصداق يكفيان كتعويض قدره القانون ، لأن الصداق من أحكام الزواج فى الشريعة الاسلامية تستحقه الزوجة بالعقد ويتأكد حقها فيه بالدخول ، ولا يهم ما إذا كان مؤجلا أو معجلا ، والمؤجل منه دين للزوجة على الزوج . أما النفقة فقد فرضت للزوجة نظير احتباس الزوجة فى أثناء قيام الزوجية وبعد الطلاق حتى تنتهى العدة (أنظر أيضا ، السعيد مصطفى ، ص ٢٥٢) .

(٣) هذا ما ذهبنا إليه من قبل فى الطبعة الأولى من هذا الكتاب ، وهو ما أيده الفقه الغالب : أنظر : أحمد سلامه ، السابق ط ٢ رقم ١٥٧ ص ٣٢٣ وما بعدها . عبد الودود يحيى : السابق رقم ٤٧ ص ٧٠ وما بعدها .

الجديد ، فان السر فى كل هذا ، وفى تشجيع الأفراد على التلاعب بالأديان ، هو الوضع القائم فى النظام القانونى المصرى من حيث تعدد القواعد الواجبة التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية . فاختلاف القواعد يؤدى إلى محاولة التخلص من بعضها للاستفادة من البعض الآخر . والسبيل إلى ذلك هو التهرب عن طريق تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة . وإذا كان تغيير الديانة أو المذهب فى بعض الأحيان يتم عن عقيدة وإيمان ، فهو فى البعض الآخر لا يكون كذلك . ومع هذا فانه لا يباح البحث عن حقيقة البواعث إلى هذا التغيير [١] .

٦٢ — تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة بين دعويين :

رأينا فيما سبق أن المشرع يعتد فى بعض الصور بالتغيير الذى يطرأ بعد نشوء العلاقة ، ولا يعتد به فى صور أخرى ، والتغيير الذى لا يعتد به المشرع — كما رأينا — هو التغيير الذى يتم أثناء سير الدعوى إلى غير الاسلام . وإذا كان المشرع لا يعتد بهذا النوع من التغيير من حيث ترتيب آثاره فى تغيير الاختصاص التشريعى ، أى أن الشريعة التى تحكم العلاقة عند رفع الدعوى تظل تحكمها حتى الفصل فيها ، إلا أنه ليس معنى ذلك أن مثل هذا التغيير لا يعتد به فى ذاته . فمثل هذا التغيير إذا كان لا يرتب أثره فى الدعوى التى تم أثناء السير فيها ، إلا أنه

---

(١) أنظر أيضا ، حامد زكى : القانون والاقتصاد س ٥ ص ٣١٨ — ٣١٩

وإزاء ما قد يترتب على تغيير الديانة أو المذهب من آثار ، فقد يكون من الأوفق أن يضع المشرع عقبات ، لا تحول فى ذاتها بين الأفراد وتغيير دياناتهم أو مذاهبهم ، حتى لا تقف فى سبيل الراغبين عن صدق فى اعتناق الدين الجديد ... ، ولكنها تكون عقبات من شأنها قطع السبيل على المتلاعبين ، طالما ظل الوضع الحالى قائما من حيث تعدد قواعد الأحوال الشخصية بين المصريين على اختلاف دياناتهم ومذاهبهم . ولهذا يرى البعض أنه يحسن فى هذا الصدد أن ينص على إتاحة الفرصة لكل من له اعتراض على التغيير ليبدى اعتراضه ، وأن ينص على عدم السماح بالتغيير إلا بعد فترة سنة مثلا من تاريخ تقديم طلب التغيير ، حتى يفوت على الشخص سىء قصده ، إن كان يرمى إلى التحلل من أحكام ديانته القديمة (ايهاب اسماعيل ، السابق ، ص ٥٠٠ فقرة ٥٢) .

يرتب أثره فى أية دعوى أخرى ترفع بعد ذلك ، أى بعد الفصل نهائيا فى الدعوى التى تم التغيير خلالها . على أساس أن المشرع عندنا قد وقف لدى مرحلة رفع الدعوى لمعرفة ما إذا كان المتنازعون من غير المسلمين متحدين فى الطائفة والملة، أم ليسوا كذلك .

ولكن قد يحدث أن يتم التغيير بين دعويين ترتبطان ارتباطا وثيقا ، كنزاع بين زوجين ، ومن المعلوم أن مثل هذا النزاع تتعدد موضوعاته . فقد ترفع الزوجة على زوجها دعوى تطالبه فيها بنفقة مثلا ، فاذا ما حكم لها بالنفقة ، بادر الزوج إلى تغيير طائفته أو مذهبه أو ديانته ، ثم يرفع على زوجته دعوى يطلب فيها تطليقها وإسقاط نفقتها ، فماذا يكون الحكم ؟

قد يقال فى هذه الحالة إن هاتين الدعويين ترتبطان ارتباطا وثيقا ، وأنهما تتصلان بنزاع واحد هو النزاع الزوجى ، وطالما أن التغيير قد تم خلال النزاع ، فانه يعتبر قد تم أثناء سير الدعوى وبالتالى لا يعتد به إذا كان إلى غير الاسلام ويظل النزاع محكوما بالشريعة التى كانت تحكمه منذ البداية عند رفع النزاع لأول مرة إلى القضاء . فوجهة نظر هذا الرأى إذا تقوم على أن التغيير أثناء النزاع بين الزوجين . ويعين على الأخذ بهذا الرأى كذلك أن التغيير فى مثل هذه الفروض غالبا ما يتم بقصد الكيد ، لأن الزوج يرى نفسه ، وقد حكم عليه لصالح زوجته فيكيد لها بالتهريب من الشريعة التى كانت تحكم علاقتهما .

ولكن الواقع أن التغيير إذا تم بعد الفصل نهائيا فى الدعوى الأولى — ومن باب أولى — إذا تم أثناء السير فيها تعين الاعتداد به فى الدعوى الجديدة ، حتى ولو كان إلى غير الاسلام ، ذلك لأن المشرع فى المادة السابعة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ يتكلم عن التغيير « أثناء سير الدعوى » ولم يتكلم عن التغيير « أثناء سير النزاع » ، ولو أنه أراد هذا الفرض الاخير لغير من صياغة المادة وعالج

التغيير الذى يتم أثناء سير النزاع أوأثناءقيام النزاع[1]، ولـكنه لم يفعل ولا يبدو أنه قد اتجه إلى ذلك . ولهذا ينبغى أن تصرف عبارته الى مدلولها الحقيقى ، فينظر إلى التغيير الذى يتم أثناء سير الدعوى فقط ، أى من الوقت الذى تعتبر فيه الدعوى مرفوعة إلى القضاء ــ طبقا لما يقضى به قانون المرافعات ــ حتى صدور حكم فيها.

ومن ناحية أخرى فان المشرع لم يدخل فى اعتباره التغيير الذى يتم بقصد الغش والـكيد للطرف الآخر ، بل إنه حتى لو ثبت أن التغيير بين دعويين كان المقصود به الكيد ، فانه يعتد به ولا يبحث عن الدوافع التى أدت اليه . وأخيراً فان الاعتداد بالتغيير فى هذه الحالة ، يتمشى مع الرغبة فى توحيد قواعـد الاحوال الشخصية ، لأن من شأنه أن يؤدى فى الغالب من الحالات إلى تطبيق الشريعة العامة ــ وهى الشريعة الاسلامية [2] و[3].

---

(١) أنظر إهاب اسماعيل : المرجع السابق ، فقرة ٥٩ ، ص ١٠٩ ، وكتابه فى أصول الأحوال الشخصية ، السابق ١٩٦٢ رقم ١٢٥ ص ٢٠٨ .

(٢) أنظر كذلك : حامدزكى ، القانون والاقتصاد س ٥ ، ص ٣٠٧ ، وأنظر كذلك ماجاء فى حكم محكمة مصر الكلية فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٣٤ ، والمنشور ضمن حكم النقض فى جلسة ٢٤ يناير ١٩٣٥ ، رقم ٢٢٤ مجموعة عمر جزء أول وخاصة ص ٥٧٥ و ص ٥٧٧ وكذلك ص ٥٨٠ ــ ٥٨١ .

(٣) وهذا النظر هو ما كان مسلما به فى الفقه ، ومع ذلك فقد عدل الدكتور أحمد سلامه عنه وقرر أن التغيير إذا كان بين دعويين مرتبطتين يعتبر أنه تم أثناء سير الدعوى ، ومن ثم لا يعتد به كذلك (متى كان إلى غير الاسلام طبعا) على أساس أن هذا يحد من نتائج وقوف المشرع لدى مرحلة رفع الدعوى كفاصل بين تغيير وتغيير ، وأن الدعوى الثانية ما هى إلا تكملة للاولى (أنظر ماقاله فى هذا الصدد رقم ١٢٠) ، ولـكننا لا نتفق معه فى نظره ، لأنه إذا كان المشرع يقر التغيير خارج الدعوى فلا يمكننا أن نقيد من ذلك بحجة محاربة رخصة تغيير العقيدة ، وهو ما يقره الزميل فى موضع آخر (أنظر رقم ١٤٦ وما بعده من مؤلفه ط ٢) . والقول بان الدعوى المرتبطة باخرى تعد امتدادا لها لا يتفق مع الحقيقة إذ أن لـكل منهما وضع مستقل تتميز به عن الأخرى . حقا إن الدعوى الثانية قد تـكون بمناسبة الأولى لـكنها لا تعد امتدادا لها . ولا يمكن القول بان الدعوى التى يطلب فيها التطليق مثلا تعد امتداد للدعوى التى حكم فيها بالنفقة على الزوج ، أو أنها امتداد لدعوى فصل فيها نهائيا =

٦٣ ـ اثبات اتحاد الطائفة والملة والديانة واثبات تغييرها :

رأينا فيما سبق أن تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة قد يرتب آثاراً أو معينة من حيث تعديل الاختصاص التشريعي . وإذا كان للتغيير آثاره على هذا النحو فانه يتعين إثباته بطريقة لاتقبل الشك . فلايكفي قول الشخص بأنه غير ديانته أو مذهبه ، بل يجب أن يثبت ذلك بطريقة رسمية ، كمحضر إدارى أو إشهاد شرعى أمام الجهة المختصة [1] فاذا لم يثبت تغيير الدين على نحو لايحتمل الريب اعتبر الدين القديم باقيا[2] . ولهذا إذا ما قررت المحكمة أن التغيير لا تتوافر له

برفض التطليق . إن الدعوى تعدالان منتهية متى صدر فيها حكم نهائى ،ولا تعد منتهية بصدور حكم فى دعوى أخرى مرتبطة بها . وعلى هذا لانقر القول بأن الدعويين المرتبطتين تعدان بمثابة دعوى واحدة ، مهما كانت قوة ارتباطها ، ومهما كان الدافع إلى ذلك . والقول بان هذا يحد من استعمال رخصة حرية العقيدة لا سند له من القانون .

وهذا بطبيعة الحال خلافا للتغيير الذى يتم بين الحكم الابتدائى والاستئناف إذ يعتبر الاستئناف امتداد للدعوى الاولى امام درجة أعلى ، فيطرح النزاع برمته امام محكمة الاستئناف مع أسانيده القانونية وادلته الواقعية لتتولى المحكمة الاستئنافية تصحيح كل مايشوب الحكم الابتدائى من أخطاء فى تحقيق الوقائع أو فى تطبيق القانون ، فتلغى الحكم الابتدائى وتقضى فى الدعوى بحكم جديد (الدكتور عبدالمنعم الشرقاوى : الوجيز فى المرفعات المدنية والتجارية ١٩٥١ رقم ٤٠٩ ص ٤٧٨ ، وأنظر كذلك : أبو الوفا ـ المرافعات ط ٤ ، السابق رقم ٥١٧ وما بعده ، ص ٧٦٤ وما بعدها) .

(١) ولهذا حكم بأنه لا يصح أن يؤسس الحكم على شهادات من راعى الكنيسة ، إذ أنه ليس موظفاً مختصا فى إصدار هذه الشهادات ، لا من قبل الحكومة ، ولا من قبل الجهة الدينية . ولا بد لاثبات اتباع شخص لمذهب معين أن تكون الشهادة الخاصة بذلك من البطريركية (القاهرة الابتدائية فى جلسة ٢٦ ديسمبر ١٩٥٦ رقم ٨٥٦ س ٥٦ صالح حنفى جزء ٢ رقم ٢٩٦ ص ٢٣٦) .

(٢) عبد المنعم رياض : المرجع السابق ، ص ١٧٩ وانظر المراجع المشار إليها فى هامش الصفحة المذكورة . وانظر فى اكتساب الدين بالتغيير ص ١٧٦ فقرة ٩٤٦ ، من نفس المؤلف . وحامد زكى : أصول القانون الدولى الخاص المصرى ، الطبعة ٤ سنة ١٩٤٦ ، فقرة ٢٩٦ ص ٣٧٥

له الشروط اللازمة لقيامه، كان عليها أن تفصل فى النزاع على أساس أن الشخص لازال على ملته السابقة . وتقرر محكمة النقض فى هـذا الصدد أنه متى اتخـذت المظاهر الخارجية الرسمية لتغيير الديانة أو المذهب، فان التغيير ينتج أثره [١] .

ويبدو من استعراض الأحكام أنها لم تتقيد بطرق خاصة فى هذا الشأن ، فهى تبحث عن شرط وجود اتحـاد الأفراد فى الطائفة والملة أو اختلافهم على أثر تغيير أحـدهم لديانته أو لمذهبه . تبحث عن ذلك مستعينة بطرق شتى . والمهم هو أن يثبت للمحكمة بطريقة قاطعة أن الأفراد متحدون فى الطائفة والملة والديانة، أو أنهم مختلفون فيها .

ومتى دلت الظروف على وجه قاطع أن الشخص ينتمى إلى طـائفة من الطوائف ، فلا يعتد بمـا يدعيه بعـد ذلك من انتمائه إلى طائفـه أخرى [٢] .

---

(١) نقض فى ٣ ديسمبر ١٩٣٦ طعن رقم ١٠٥ س ٥ ق مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ عاما حتى آخر سنة ١٩٥٥ ص ١١٨ قاعدة رقم ٨ .

(٢) فمتى كان الثابت أن الوالد قدم طلبا لانضمامه إلى كنيسة الروم الكاثوليك هو وزوجته وابنته ، وقبل انضمامه لهذه الطائفة ، وتم عماد ابنته وتثبيتها حسب طقوس هذه الكنيسة . ولما تزوجت ابنته من شخص ينتمى إلى نفس الطائفة نص فى عقد الزواج كذلك على أنها من طائفة الروم الكاثوليك ، ولما أنجبت هذه الأبنة بعد زواجها ولداً تم عماده أيضا حسب طقوس الكنيسة المذكورة ، كما نص فى الشهادة الصادرة من كنيسة الروم الكاثوليك أن الابنة وزوجها من أبناء هذه الطائفة ، وكانت هذه الابنة قد افتتحت النزاع بأن التجأت إلى المحكمة الكنسية للروم الكاثوليك تطلب تقرير نفقة لها على زوجها .. كل هذا يدل على أن هذه الإبنة تنتمى إلى طائفة الروم الكاثوليك ، وأنها بالأقل قد أقرت بعد أن جاوزت سن الرشد تبعيتها لمذهب الروم الكاثوليك الذى سبق أن اعتنقه والداها .. ولذلك لا يمكن للابنة فى هذه الحالة أن تثبت اختلافها فى الطائفة والملة مع زوجها بالاستناد إلى أنها من طائفة الانجيليين التى سبق أن عقد والداها زواجهما أمام كنيستها ، ذلك لأنه إذا كان زواج والديها قد تم أمام الكنيسة الانجيلية ، وكان الوالد من طائفة الأرمن الكاثوليك والأم مارونية ، إلا أنهما انتميا بعد ذلك إلى طائفة الروم الكاثوليك على النحو السابق . وأن ابنتهما ، والتى تزوجت فى ظل كنيسة الروم الكاثوليك ، بقيت على ولائها لهذه الكنيسة حتى بعد بلوغها . =

ويتجه القضاء فى اثباته لاتحاد الطائفة والملة والديانة إلى أنه يكفى أن يسلم الطرفان باتحادهما فى الطائفة والملة ، ويكفى أن يسلما بذلك طيلة إجراءات التقاضى ، ولايصح إثارة الخلاف لأول مرة أمام محكمة النقض [١] .

هذا وقد تعتد المحاكم كذلك بما ثبت فى عقد الزواج من اتحاد الطائفة والملة للطرفين ، حتى ولو كان أحد الزوجين قد عمد على مذهب آخر [٢] .

ويكفى أن يرتضى الشخص أحكام طائفة معينة حتى يعتد بقبوله الخضوع لأحكام هذه الطائفة . وقد يقوم بتوقيع محضر مثلا يعلن فيه انضمامه إلى طائفة

= أنظر نقض فى ٢٢ من مايو ١٩٥٤ . طعن رقم ٣ سنة ٢٣ ق « تنازع اختصاص » ، مجموعة المكتب الفنى س ٥ العدد الثالث ص ٧٠١ ؛ ومجموعة القواعد التى قررتها المحكمة فى ٢٥ عاما حتى آخر سنة ١٩٥٥ ص ١٦٠ قاعدة ١٥٥ .

(١) أنظر نقض فى ٢٦ يونيو ١٩٥٦ رقم ١ سنة ٢٥ ق ، مجموعة المكتب الفنى س ٧ العدد الثانى ص ٤٧٧ والمحاماة س ٣٧ رقم ٢٩٦ ص ٥٥٠ ؛ وكذلك نقض فى نفس التاريخ السابق ونفس المجموعة طلب رقم ٦ س ٢٥ ق ، ص ٤٨٣ والمحاماة س ٣٧ رقم ٢٩٧ ص ٥٥٤ .

وقد جاء فى هذا الحكم الأخير أنه « متى كان يبين من الاطلاع على الحكم الصادر من المجلس الملى العام للأقباط الارثوذكس أن الدعوى رفعت باعتبار طرفى الخصومة فيها من طائفة الأقباط الأرثوذكس، وسلم الطرفان طيلة مراحل التقاضى أمام المجلس الملى بالوحدة الطائفية ، واستمر المدعى عليه لا يدعى غير ذلك حتى صدر الحكم النهائى من المجلس الملى العام ، فإن ادعاءه لأول مرة أمام محكمة النقض أنه من أتباع المذهب الانجيلى لا يفيد شيئا .. »

(٢) وقد قضى أنه إذا كان الثابت بعقد الزواج أن الزوجين من اللاتين ، وقدم الزوج شهادة تتضمن أنه عمد قبل ذلك على مذهب الروم الأرثوذكس ، فإن هذا لايغير من الأمر ، ولا يقبل الدفع بعدم الاختصاص الذى يقوم على اختلاف الملة ، ثم إنه على فرض أن الزوج قد ظل على المذهب الذى عمد على أساسه ، فلا يوجد مايمنع قانونا أوشرعا من أن يجمع الشخص بين ملتين مسيحيتين فى وقت واحد .

(محكمة الاسكندرية الجزئية للاحوال الشخصية لغير المسلمين فى ١٦ أبريل ١٩٥٦ قضية رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٦ غير منشور) .

معينة وخضوعه لقوانين أحوالها الشخصية [1] .

ولكن إقرار الشخص بانضمامه إلى احدى الطوائف الدينية على النحو السابق ، مرتبط بالولاية على النفس دون الولاية على المال ، فلا يشترط لصحة الاقرار أن يكون المقر قد بلغ ٢١ سنة ميلادية وهى سن الرشد القانونى اللازم لصحة التصرفات المالية ، بل يكفى بلوغ السن التى تزول فيها الولاية على النفس . وعلى ذلك فاذا كانت الزوجة مثلا قد أقرت بالانضمام الى طائفة الزوج بعد أن تجاوزت السن التى تزول فيها الولاية على النفس وأصبحت تملك مباشرة زواجها

---

(١) وقد قضى أنه إذا كان الزواج قد انعقد بين الزوجين بمعرفة أحد قساوسة السريان الكاثوليك ووفقا لطقوس هذه الطائفة ، وجاء بالعقد أن الزوجة قبلت اتباع زوجها فى طائفته وأحواله الشخصية . فإذا أقام الحكم قضاءه على أن المجلس الملى لطائفة السريان الكاثوليك هو وحده صاحب الولاية بنظر ما ينشأ بين الزوجين من منازعات بشأن الزواج الذى ارتضت فيه الطاعنة أحكام هذه الطائفة ، حتى ولولم تكن أصلامن أبنائها، فليس فى هذا التقرير مخالفة للقانون أو تناقض يبطله (نقض ١٩ فبراير ١٩٥٣ طعن رقم ٢٤ سنة ٢١ ق ، مجموعة المكتب الفنى س ٤ العدد الثانى ، رقم ٧٥ ص ٥١١؛ وكذلك مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ عاما حتى آخر سنة ١٩٥٥ ص ١٣٦ قاعدة رقم ١٩) .

وانظر حكماً آخر فى ٢٩ نوفمبر ١٩٥٤ طعن رقم ٥ س ٢٠ ق «تنازع الاختصاص» ، مجموعة المكتب الفنى س ٦ العدد الأول ص ١٣ ومجموعة أحكام النقض فى ٢٥ عاما حتى آخر سنة ١٩٥٥ ص ١٦٠ قاعدة رقم ١٥٦ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه « متى كانت الزوجة وهى مارونية أصلا قد انضمت قبل زواجها إلى طائفة الروم الكاثوليك التى ينتمى إليها زوجها وعقد زواجهما فى كنيسة الروم الكاثوليك التى انتمت إليها ، وتم عماد أولادها حسب طقوس هذه الكنيسة، فان المجلس الملى لطائفة الروم الكاثوليك يكون هو المختص بنظر المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين هذين الزوجين . ولا يؤثر على هذا الاختصاص استصدار الزوجة شهادة من الكنيسة القبطية الأرثوذكسية تفيد انتماءها إلى هذه الطائفة متى كانت قد ظلت حتى بعد نشوب الخلاف بينها وبين زوجها تعتبر نفسها من طائفة الكاثوليك والتجأت فعلا إلى مجلس ملى الأقباط الكاثوليك ، ورفعت دعواها أمامه بطلب الحضانة والنفقة ، وكانت الشهادة المذكورة تناقض الثابت بالأوراق من انتمائها إلى طائفة زوجها ، ولا يبين منها متى وكيف انتمت إلى طائفة الأقباط الأرثوذكس ، وهل كان هذا الانتماء سابقا على زواجها أم لاحقاً له » .

بنفسها . فان الطعن على هذا الاقرار بالبطلان لعدم بلوغها سن الحادية والعشرين ميلادية وقت صدوره منها يكون فى غير محله [١] .

هذا ، ويبدو لنا أن المحاكم لا تعتد بالجهة التى عمد فيها الشخص فى إثبات ملته أو طائفته ؛ فمجرد العماد أمام كنيسة من الكنائس لا يكفى للقول بأن الشخص قد غير مذهبه أو طائفته وانتمى إلى الطائفة التى تتبعها هذه الكنيسة [٢] .

وإذا كانت المحاكم لا تعتد بجهة العماد فى إثبات تغيير الطائفة أو المذهب .

---

(١) أنظر حكم النقض فى ٢٩ نوفمبر ١٩٥٤ المشار إليه فى الهامش السابق .
ويراعى فى هذا الصدد أن مذهب الاباء الدينى هو مذهب الأبناء ، وإذا ما أريد إثبات خلاف ذلك فلا بد من تقديم دليل قوى لا شبهة فيه (القاهرة الابتدائية جلسة ٢٦ ديسمبر ١٩٥٦ صالح حنفى جزء ٢ رقم ٢٩٦ ص ٢٣٥) . وانظر فى علاقة المسلم بغير المسلم بالنسبة لتبعية الأولاد : الأستاذ بدران أبو العينين بدران ؛ العلاقات الخاصة بين المسلمين وغير المسلمين ، ص ١٥٤ — ١٥٨ . وقد بين المؤلف اختلاف الآراء فى هذا الصدد وأن جمهور الأئمة يرى أن الولد يتبع المسلم من والديه أماً كان أو أباً ، إذا لم يكن بالغا . فاذا كان بالغا كبيرا يترك لاختياره . أما مالك فيرى أن الولد يتبع الأب فقط مسلما كان أو كافراً . ويرى أبو الطاهر من فقهاء المدينة أنه يتبع الأم فى دينها (انظر حجة كل فى الموضع السابق) . والراجح هو رأى الجمهور . ويقول إنه بالنسبة لأثر اختلاف الدين فى تبعية الأولاد عند غير المسلمين أنه فى حالة الاختلاف الطارىء بين متحدى الديانة فان الولد يتبع دين الأب إذا كانت الأم هى التى غيرت ، ويتبع دين الأم إن كان الذى غير دينه هو الاب . أى أن الولد يبقى على ما ينشأ عليه . وهذا يتفق مع الاسلام فى تبعية الولد لنشأة أبويه فى الدين — ويغايره فى كون الاسلام يقرر تبعية الولد فى دينه للانظر والأفضل .

(٢) ولهذا قضى بأن : « مجرد عماد الزوجة فى كنيسة اللاتين لا يقطع فى أنها ليست من الأقباط الأرثوذكس ، لا سيما وأن ذلك العماد قد تم فى سنة ١٩٥١ ، وليس فى الأوراق ما يدحض أن المدعية قد اعتنقت المذهب القبطى الأرثوذكسى حسبما قررت بذلك ووافقها بقية الخصوم حسبما هو ثابت بمحاضر الجلسات » الاسكندرية الجزئية للأحوال الشخصية فى ٩ ديسمبر ١٩٥٧ (غير منشور) ، وانظر ما سبق الهامش رقم ٢ ص ٢٤٢ .

فانها لاتمتد كذلك بجهة عقد الزواج . فقد يكون أحد الزوجين من طائفة أو مذهب غير طائفة أو مذهب الزوج الآخر . ومع ذلك يقبل إجراء الزواج أمام كنيسة ، تيسيراً لاجراءات التوثيق . فهذا الاجراء لايفيد بذاته تغيير الطائفة أو الملة التى كان ينتمى اليها الشخص والانتماء إلى الكنيسة التى تم الزواج أمامها ، وخاصة إذا تبين من الظروف أن مثل هذا الاجراء لم يقصد منه سوى تيسير التوثيق ، فالعبرة بالطائفة أو الملة الأصلية لكل من الزوجين . وهذا ما قررته محكمة النقض واستقرت عليه أحكامها [1] .

فمن ذلك ، ما قررته من أنه « جرى قضاء هذه المحكمة بأن جهة تحرير عقد الزواج لايمنح الجهة التى حررته اختصاصا قضائيا (يلاحظ الارتباط بين الاختصاص القضائى والتشريعى فيما مضى قبل إلغاء المجالس الملية) ، بل العبرة فى ذلك باتحاد طرفى الخصومة . واذن فمتى كان الواقع هو أن الزوج تابع لطائفة المذهب الانجيلى بينما تبع زوجته طائفة الأرمن الأرثوذكس، وكان رضاء الزوج

---

(١) وانظر أيضا حكم محكمة استئناف الاسكندرية (غير منشور) فى ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ فى القضية رقم ٢ لسنة ١٩٥٩ ، حيث لم تعتد المحكمة بالجهة التى تم أمامها توثيق الزواج فى تغيير الزوجه لطائفتها ، كما لم تدخل فى الاعتبار كذلك كون الزواج قد تم على يد أحد القساوسة تابع لطائفة الزوج . طالما لم يتبين أن الزوجة قد تخلت عن طائفتها ودخلت طائفة زوجها . وقد جاء بالحكم المذكور إن الزواج تم أمام بطريركية الروم الأرثوذكس ونص فيه بصريح اللفظ أن الزوج من أبناء طائفة الروم الأرثوذكس وأن الزوجة من أبناء الطائفة القبطية الأرثوذكسية . ولم يرد به أى إشارة أن الزوجة قد تخلت عن طائفتها ودخلت فى طائفة زوجها ، ومن ثم فهى باقية على ملتها وطائفتها . وقول المستأنفة إن قيام أحد القساوسة التابع للطائفة التى ينتمى إليها الزوج باتمام مراسم هذا الزواج يعد قبولا منها وتحولا ضمنيا إلى ملة زوجها هو قول غير سليم لاسنده فى شريعة الزوجين التى تبيح أن يتولى إتمام العقد قس ينتمى إلى مذهب أحد الزوجين . ولما كان اتحاد المذهب لايتحقق به شرط اتحاد الملة إن اختلف الزوجان فى الطائفة ، فان أحكام الشريعة الاسلامية تكون واجبة التطبيق على موضوع الدعوى لا سيما وأن شريعة الزوجين تبيح الطلاق والتطليق » .

باجراء عقد الزواج أمام كنيسة الأرمن الارثوذكس التى تنتمى اليها زوجته ، وقبوله اتباع طقوس هذه الكنيسة ونظمها لايفيد بذاته تغيير المذهب أو الملة ، وكان الزوج قد قدم مايفيد أنه ولد بروتستانتيا ومن ابوين انجيليين ، وعمد فى كنيسة الانجيليين ، وليس فى الاوراق ما يفيد أنه اعتنق مذهبا مخالفا ، فان الحكم الصادر من المجلس الملى لطائفة الارمن الارثوذكس بطلاق زوجته ، يكون قد صدر من جهة لا ولاية لها ، ويتعين وقف تنفيذه ويكون الحكم الصادر من المحكمة الشرعية بدخول الزوجة فى طاعة زوجها قد صدر منها فى حدود ولايتها ، ويتعين رفض طلب وقف تنفيذه »[1] . ويتبين من هذا الحكم أن المحكمة لم تعتد بجهة تحرير عقد الزواج كدليل على تغيير الزوج لمذهبه ، كما أقرت المحكمة اختصاص المحاكم الشرعية وبالتالى تطبيق الشريعة الاسلامية نظراً لاختلاف الخصوم فى الطائفة والملة .

وقد قررت المحكمة هذا المبدأ فى حكم آخر استهلته بنفس عبارات الحكم السابق من أن قضاء المحكمة قد جرى على أن جهة تحرير عقد الزواج لايمنح الجهة التى حررته اختصاصا قضائيا[2] .

---

(١) حكم صادر من الجمعية العمومية فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٤ ، طلب رقم ٧ سنة ٢٤ ق « تنازع اختصاص » مجموعة المكتب الفنى س ٦ العدد الأول ص ٢٦ ، وكذلك مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ عاما حتى آخر سنة ١٩٥٥ ص ١٥٩ قاعدة رقم ١٥٢ .

(٢) وقد جاء فى هذا الحكم : « فمتى كانت الزوجة المدعية قدمت مايفيد أنها ولدت كاثوليكية لاتينية وعمدت كذلك فى الكنيسة اللاتينية ، وأنها ظلت على ولائها لمذهبها الكاثوليكى وفقا للشهادات الطائفية التى قدمتها ، كما ثبت أنها بعد زواجها وبعد تقريرها فى محضر الخطبة أنها أرثوذكسية عمدت ولدها الذى كان ثمرة هذا الزواج بالكنيسة الكاثوليكية دون اعتراض من زوجها المدعى عليه ، وكان رضاء هذه الزوجة إجراء عقد الزواج أمام كنيسة الأقباط الأرثوذكس التى ينتمى إليها المدعى عليه وقبولها اتباع طقوس هذه الكنيسة ونظمها لايفيد بذاته تغيير المذهب أو الملة ، ولا ينهض وحده دليلا على هذا التغيير ، لأنه قد يكون المراد منه مجرد تيسير توثيق العقد ، دون مساس بالملة أو المذهب الذى تنتمى إليه الزوجة... »

=

وهكذا يتبين لنا أن المحاكم لاتعتد فى إثباتها لاتحاد الطائفة أو الملة أوتغيير أحد الطرفين لها ، لاتعتد بوسيلة معينة . فقد تأخذ فى ذلك بشهادة من الجهة الدينية التى ينتمى اليها الشخص ، وقد لاتأخذ بمثل هذه الشهادة إذا لابستها ظروف معينة ولم يكن فيها ما يبين متى وكيف انتمى الشخص لهذه الجهةالدينية بصورة قاطعة ، وخاصة إذا ناقضت الشهادة ما هو ثابت بالأوراق من انتماء الشخص إلى جهة أخرى [1] . وقد تعتد المحكمة فى اثبات اتحاد الطائفة والملة بما هو ثابت فى عقد الزواج ومن ارتضاء الشخص الخضوع لأحكام الجهةالدينية للطرف الآخر . وقد لايكفى إثبات اتحاد الطائفة والملةمن مجرد تعميد الشخص أمام كنيسة معينة . . . وكل هذه أمور يترك تقديرها للمحكمة تستطيع الوقوف على حقيقتها من ظروف وملابسات كل حالة . مع مراعاة أن قضاء النقض قد ثبت على أن جهة تحرير عقد الزواج لايمنح بذاته هذه الجهة اختصاصا ما . فهو ليس دليلا على اتحاد الأفراد فى الطائفة والملة .

= حكم صادر من الجمعية العمومية فى ٢٦ مارس ١٩٥٥ طلب رقم ٩ س ٢٤ق « تنازع اختصاص » مجموعة المكتب الفنى س٦ العدد الثانى ص٤٢١ ، وكذلك مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ عاما ص ١٥٩ قاعدة رقم ١٥٣ والمحاماة س ٢٦ رقم ١٦٩ ص ٣٣٢) .

(١) أنظر محكمة الأمور المستعجلة الجزئية بالقاهرة فى ١٢ يناير سنة ١٩٥٤ المحاماة س ٣٤ رقم ٤٥٥ ص ١٠٨٧ وما جاء فى حيثيات الحكم ، فقد قدمت الزوجة شهادة أنها إنجيلية ولكن لم يبين فيها تاريخ انتمائها إلى المذهب الانجيلى ، وهل كانت تدين به قبل زواجها أم لا ، ولذلك إزاء القصور البادى من ظاهر الشهادة أخذت المحكمة بشهادة أخرى من بطريركية الأقباط الأرثوذكس ورأت أن الزوجين كانا يعتنقان هذا المذهب سويا عند عقد الزواج .

وفى حكم لمحكمة النقض اعتدت المحكمة فى إثبات اتحاد الطائفة والملة بين الزوجين بما أقر به الزوج فى إشهاد الطلاق من أنه هو والزوجة قبطيان أرثوذكسيان ، وبما جاء فى الشهادة الصادرة من وكيل شريعة الأقباط ... من أن الزوجة قبطية أرثوذكسية ... (أنظر نقض فى ٢٦ يناير ١٩٥٧ (الجمعية العمومية) طلب رقم ٩ سنة ٢٥ ق « تنازع اختصاص » مجموعة المكتب الفنى س ٨ العدد الأول ص ١ وما جاء بالحيثيات ص ٤ .

والواقع أنه لما كان يتعين على المحكمة أن تتحقق من توافر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين ، فانه لابد أن يثبت لديها توافر شرط اتحاد الافراد فى الطائفة والملة والديانة أو عدم توافره ، وعليها أن تتحرى عن ذلك تثبت فى حكمها أنهم متحدون أو مختلفون . وإذا كان أحدهم قد غير ديانته أو ملته . . . عليها أن تنظر فى الاجراءات التى اتخذت فى هذا الشأن وهل تتفق هذه الاجراءات أولا تتفق مع ما هو مطلوب فى هذا الصدد ، سواء تعلق الامر بالتغيير إلى الاسلام أو إلى طائفة أو ملة أخرى . وإذا ما ادعى أحد الخصوم الانتماء إلى الطائفة أو ملة معينة كان عليه تقديم الدليل ، والمحكمة سلطة تقدير ما يقدم إليها من أدلة على نحو ما بينا .

٦٤ – **خاتمة المبحث الأول** : انتهينا فيما سبق من الكلام عن الشرط الأول من شروط تطبيق شريعة غير المسلمين وهو شرط اتحاد الأفراد فى الطائفة والمذهب والديانة . وقد أتيح لنا خلال دراستنا لهذا الشرط أن نبين المقصود بالطائفة والملة والديانة ، ورأينا أن اتحاد الافراد فى الطائفه أمر لازم لايغنى عنه اتحادهم فى الملة أو المذهب ، وأن الاختلاف فى الطائفة يعادل فى نتيجته الاختلاف فى المذهب ، مما يترتب عليه تطبيق الشريعة العامة وهى الشريعة الاسلامية . وإلى جانب هذا فقد رأينا كذلك أن العبرة فى اتحاد الأفراد فى الطائفه والملة ، حتى تطبق شريعتهم . إنما هو بوقت الدعوى ، فهو الوقت الذى يتحدد فيه موقف المتنازعين وتثور الحاجة إلى معرفة الشريعة الواجبة التطبيق . ولما كانت علاقات الأحوال الشخصية تتصف عادة بالاستمرار ، وكان من شأن بقائها مدة طويلة تعرض الأفراد لتغيير دياناتهم أو مذاهبهم وطوائفهم ، فقد كان لزاما علينا أن نعالج مسألة التغيير فى الديانة أو فى المذهب أو فى الطائفة

إذا ما طرأ بعد قيام العلاقة ، وما هو الأثر المترتب على هذا التغيير ، وإلى أى مدى يعتد به ، وهل هناك قيود تفرض أو يمكن فرضها على من يغيير ديانته أو مذهبه فى استفادته من النتائج التى تترتب على هذا التغيير . ثم مدى الاستفادة من التغيير الذى يتم أثناء سير الدعوى ، فى نفس الدعوى الذى حصل التغيير خلالها وفى الدعاوى الاخرى التى ترفع بعد التغيير ، حتى لو كانت لها صلة بالنزاع السابق الذى حصل التغيير خلاله .

ولما كان من الممكن أن يتم تغيير الديانه أو المذهب أو الطائفة فى صور متعددة رأينا من اللازم أن نعرض لكيفية إثبات اتحاد الديانة والمذهب والطائفة، والوسائل التى يعتد بها فى تغييرها .

على أنه إذا كان تطبيق الشريعة الطائفية للأفراد يستلزم توافر شروط معينة من بينها اتحادهم فى الطائفة والملة على النحو السابق ، وأن اختلافهم بالتالى يؤدى إلى تطبيق الشريعة الاسلامية ، فان هذا يعنى أنه إذا ثبت الاختصاص التشريعى لأى من الشريعتين ، فلا يصح للأفراد أن ينزعوا عن أنفسهم هذا الاختصاص التشريعى لتطبق عليهم شريعة أخرى لم تكن واجبة التطبيق لعدم توافر شروطها ومن بينها اتحادهم فى الطائفه والملة ، لأن الأمر يتعلق بالنظام العام . وتبعا لذلك أيضا اذا ثبت الاختصاص التشريعى لشريعة معينة ، فانه ليس للمحكمة أن تطبق شريعة أخرى غير الواجبة التطبيق وإلا كان حكمها مخالفا للقانون .

المبحث الثانى

وجود جهات قضائية ملية منظمة
وقت صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥

٦٥ – الجهات القضائية الملية المنظمة : استلزم المشرع فى المادة السابعة من القانون ٤٦٢ ، الى جانب شرط اتحاد الطائفة والملة الذى انتهينا من الكلام عنه فى المبحث السابق ، شرطاً آخر ، حتى تنطبق شريعة غير المسلمين ، وهو أن تكون هناك جهة قضاء ملية منظمة للمتنازعين عند صدور هذا القانون .

وأول ما يلاحظ على نص المادة السابقة هو أن عبارة جهات قضائية « ملية» قد تشعر بأن هناك محاكم خاصة بالملل أو المذاهب فقط دون الطوائف التى تتفرع عن هذه الملل أو المذاهب . والواقع أن المقصود فى هذا الصدد هو جهة القضاء الطائفى ، إذ من المعلوم أنه كان للطوائف جهات قضائية خاصة على نحو ماقدمنا .

وإذا كان هناك بعض الطوائف تتحد شرائعها كالطوائف الكاثوليكية ، إلا أن جهات قضائها كانت متعددة بتعدد طوائفها ، يدل على ذلك أن بعض هذه الطوائف الكاثوليكية قد نظم بتشريع خاص به ، كما كان الحال بالنسبة لطائفه الأرمن الكاثوليك التى نظمت بقانون صدر فى سنة ١٩٠٥ . وقد كان لكل طائفة من الطوائف الكاثوليكيه جهة قضائها الخاصة بها ، وإن اتحدت أنظمة تلك الجهات القضائية . وكذلك الحال بالنسبة لباقى الطوائف الأخرى فى المذهب الأرثوذكسى . ولعل هذا الوصف قد يصدق فقط على المذهب البروتستانتى الذى اعتبر أتباعه طائفة واحدة ، ويمكن القول كذلك إن لهم جهة قضاء ملى خاصة بأبناء هذا المذهب ، وكذلك الحال بالنسبة لليهود ، مع مراعاة

أن الربانيين بالاسكندرية والبحيرة كان لهم محكمة شرعية ، وبقية الربانيين في مصر كانت لهم محكمة شرعية .

وعلى ذلك فان المقصود بالجهات القضائية الملية هي جهات القضاء الطائفي . وقد تعددت تلك الجهات ، وكانت إما على درجة واحدة وإما على درجتين ، بمعنى أنه كان هناك بالنسبة لبعض الطوائف مجالس ابتدائية ومجالس استئنافية .

فبالنسبة للاقباط الارثوذكس مثلا ، كانت لهم جهة قضاء ملي منظمة ، وقد تقرر بالنسبة لهذه الطائفة إنشاء مجالس ملية فرعية في كل أبرشية تحت رئاسة مطرانها ، وكانت تتولى الحكم في كافة الدعاوى الابتدائية ، وكانت أحكامها تستأنف أمام المجلس الملي العام .

وبالنسبة للارمن الأرثوذكس ، كان لهم مجلس قضائي كذلك ، وكانت أحكامه تستأنف لدى المجلس المختلط في بطريركية الارمن بالآستانة حتى سنة ١٩١٤ ، ثم بطل العمل بهذا الاجراء وصار الحكم الذي يصدره المجلس نهائياً لا استئناف له .

وبالنسبة للسريان الارثوذكس ، كان يتولى رئاسة الطائفة قسيس هو وكيل بطريركية السريان في مصر . وقد كانت هناك جمعية او مجلس ملي عرفي للطائفة ، وكان المجلس يجري التحقيق ويرفعه مشفوعا برأيه الى البطريرك بماردين حيث الرئاسة الدينية للطائفة ، وكان للمجلس ، الى جانب ذلك ، سلطات ولائية .

أما بالنسبة للروم الارثوذكس ، فقد كانت هناك محاكم ابتدائية تتولى الحكم في جميع الدعاوى بصفة ابتدائية ، وكانت أحكامها تستأنف لدى مجمع

يعقده بالاسكندرية غبطة بطريرك الروم[١]

هذا بالنسبة للطوائف الارثوذكسية أما عن الطوائف الكاثوليكية ، فقد تعددت على النحو السابق . وكانت سلطة القضاء بالنسبة لجمع الطوائف موزعة بين نوعين من المحاكم ، على حسب نوع القضية بالنسبة لكل طائفة من الطوائف[٢] . فقد كان هناك المحاكم الكنسية ، وكانت أحكامها تستأنف ويطعن فى الاستئناف أمام البابا فى بعض الأحيان . وبجانب المحاكم الكنسية كانت هناك مجالس ملية أومجالس البطركخانة . وكانت الحكومة تنفذ أحكام المجالس دون أحكام المحاكم الكنسية ، لأن الأحكام الصادرة من هذه الأخيرة لم تكن بحاجة الى تنفيذ بالقوة[٣]

وبالنسبة للانجيليين كان لهم مجلس عمومى ينظر فى الدعاوى وكانت تستأنف أمامه أحكام النفقات التى تصدرها لجنة شكلها المجلس للحكم فى مسائل النفقات ولتحضير القضايا[٤] .

---

(١) أنظر فيما سبق بالنسبة للطوائف الأرثوذكسية : احمد صفوت : المرجع السابق، ص ٦٠ ، ٧٥ ، ٧٦ ، ٨١ ، ٦٨ على الترتيب .

(٢) ما عدا طائفة اللاتين ، فلم تكن لهم مجالس ملية كما فى الطوائف الكاثوليكية الاخرى أنظر مقالا للاستاذ Linant de Bellefonds بعنوان :

"La suppression des juridictions de statut personnel en Egypt", Revue Int. de dr. Comparé, 1956, P. 414 et notamment, PP. 414 , 415,

(٣) أحمد صفوت ، المرجع السابق ، ص ٩٤ ، ولم تكن أحكام المحاكم الكنسية تحتاج إلى تنفيذ بالقوة لانها تقرر حالة قانونية .

فقد كانت تفصل فى مسائل الزوجية المتعلقة بصحة العقد أو بطلانه وبالتزام المساكنة ، أو بالتفريق الجسمانى ، والحق فى النفقة أى استحقاقها فقط دون الحكم بمبلغ معين ، والخطبة الكنسية . وكانت هذه المحاكم تطبق فى أحكامها الشريعة الكنسية .

هذا وقد أشرنا فيما مضى (أنظر ما سبق ص١٢ بالهامش) إلى أن المحاكم قد قررت أن إلغاء جهات القضاء الشرعى والملي قد ترتب عليه إلغاء المحاكم الكنسية أيضا . فالالغاء يشمل جهات القضاء التى كانت تفصل فى مسائل الأحوال الشخصية للمصريين عموما ، ولا يقال إن المحاكم الكنسية لا تدخل فى عداد المجالس الملية الملغاة .

(٤) المرجع السابق ، ص ٨٥ ـ ٨٦ .

اما بالنسبة لليهود ، فقد كان للربانيين فى الاسكندرية والبحيرة محكمة شرعية يرأسها الحاخام ، كما كان لباقى الربانيين فى مصر محكمة شرعية . وقد كانت المحاكم الشرعية على درجتين ابتدائية واستئنافية . أما بالنسبة للقرائين فان المجلس الملى لهم يرأسه الحاخام ، وهو محكمتهم الشرعية . وكانت أحكامه نهائية لا تستأنف (١) .

هذه هى الجهات القضائية التى كانت موجودة فى مصر وقت صدور القانون ٤٦٢ . فاذا قام نزاع خاص بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية بين من كانوا تابعين لتلك الجهات واتحدوا من حيث الطائفة والملة ، أمكن تطبيق شريعتهم ، متى كانت هذه الشريعة لا تتعارض مع النظام العام فى البلاد . وإذا كان هناك أفراد من غير المسلمين ولم تكن لهم جهات قضائية ملية منظمة فانه لا يمكن تطبيق شريعتهم ، حتى ولو اتفقوا فيما بينهم على ذلك ، وإنما تطبق عليهم الشريعة العامة وهى الشريعة الاسلامية ، وذلك لتخلف شرط من شروط تطبيق شريعتهم وهو شرط وجود جهة قضائية ملية منظمة ، على نحو ما أسلفنا من قبل .

٦٦ - الأساس الذى كانت تستند اليه الجهات القضائية لغير المسلمين :

إذا كانت الطوائف السابق بيانها هى الطوائف التى كانت قائمة وقت صدور القانون ٤٦٢ ، فما هو الأساس القانونى الذى استندت إليه مجالس تلك الطوائف المختلفة لكى تختص بالفصل فى المنازعات التى كانت تقع بين تابعيها ؟

قام اختصاص الجهات القضائية للطوائف فى مصر على الخط الهمايونى الصادر فى الدولة العلية سنة ١٨٥٦ منظما للإدارة والمحاكم والبطركخانات ، وعلى منشورات الباب العالى الصادرة فى ٣ فبراير وأول ابريل وآخر مايو سنة ١٨٩١ والتى أبلغت

(١) أحمد صفوت ، السابق ص ١٠٢ ، ١٠٥ ، ١٠٦ .

إلى الحكومة المصرية[١] .

وقد قامت الحكومة المصرية بتنظيم بعض الطوائف ، فصدر أمر عال فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ منظما للائحة مجلس الاقباط الارثوذكس ، ثم صدرت بعد ذلك لائحة لتنظيم مجلس الانجيليين الوطنيين فى أول مارس سنة ١٩٠٢ ، ولائحة مجلس الارمن الكاثوليك بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٠٥ . وقد نظمت هذه اللوائح الثلاث تشكيل المحاكم التى تنظر مسائل الأحوال الشخصية . ولم تخرج هذه الحالات الثلاث عن دائرة الخط الهمايونى والمنشورات اللاحقة والتى صدرت تفسيراً له .

أما بالنسبة لباقى الطوائف الأخرى غير الطوائف الثلاث السابقة التى صدرت بشأنها تشريعات ، فلم يصدر تشريع ينظم شئون مجالسها ، ولذلك ظلت هذه الطوائف تستمد ولايتها من أحكام الخط الهمايونى الصادر سنة ١٨٥٦ والمنشورات اللاحقة له . وظل الحال على ذلك إلى أن انفصلت مصر عن تركيا إثر نشوب الحرب العالمية الأولى ، فصدر القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ الذى أجاز للطوائف الدينية الاستمرار فى ولاية الحكم بين تابعيها ، ونص فى المادة الأولى منه على « أن السلطات القضائية الاستثنائية المعترف بها حتى الآن فى الديار المصرية تستمر — إلى حين الاقرار على أمر آخر — على التمتع بما كان لها من الحقوق قبل زوال السيادة العثمانية . . وعلى ذلك فان السلطات القضائية المذكورة هى والهيئات التى تمارس تلك السلطات أعمالها يكون مخولا لها بصفة مؤقته جميع الاختصاصات والحقوق التى كانت تستمدها لغاية الآن من المعاهدات والفرامانات والبراءات العثمانية » .

---

(١) انظر فى هذا ، المرجع السابق ، ص ٩ — ٢٦ .

وعلى ذلك فان الطوائف التى لم تصدر بشأنها تشريعات خاصة تنظمها ، أصبحت بمقتضى القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ تستمد سلطتها القضائية فى الأحوال الشخصية من الحكومية المصرية، بدون تفرقة فى ذلك بين الطوائف التى نظمت أمورها بقانون والطوائف التى لم تنظم ، ما دامت الطوائف معترفا بها رسميا من قبل الحكومة ، باعتماد تعيين رئيسها .

وعلى ذلك فمنذ صدور القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ أصبحت السلطة القضائية التى كانت تباشرها مجالس الطوائف تستمد من هذا القانون ، وإن كانت الطوائف قد ظلت محتفظة بأنظمتها السابقة من حيث تشكيلها واختصاصاتها ، ستناداً إلى الفرمانات والبراءات العثمانية .

وقد استمر الحال على هذا الوضع إلى أن صدر المرسوم بقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٣٦ بترتيب محاكم الأحوال الشخصية للطوائف الملية لغير المسلمين، ونص فى المادة الثالثة منه على أن يكون ترتيب هذه المحاكم بلائحة تعتمدها الحكومة ويصدر بها مرسوم . ولكن المرسوم بقانون رقم ٤٠ قد سقط لعدم تقديمه إلى البرلمان فى اجتماعه الأول التالى لصدوره ، فعادت الحال بالنسبة إلى الطوائف إلى ما كانت عليه ، ولذلك ظلت المجالس الملية التى لم تصدر بشأنها تشريعات تنظمها على نمط التشريعات التى نظمت مجالس الأقباط الارثوذكس والانجيليين الوطنيين والارمن الكاثوليك ، ظلت مختصة بالفصل بين أبنائها فى مسائل الاحوال الشخصية استنادا إلى القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ . ومعنى هذا أنه بسقوط المرسوم رقم ٤٠ سنة ١٩٣٦ الذى كان يستلزم وجود لائحة لمحاكم الطوائف حتى تصير مختصة فى مسائل الاحوال الشخصية لم يعد هناك مجال لاستلزام قيام تلك اللائحة للمجالس التى كانت قائمة . فاستوت بذلك المجالس

التى كان لها لوائح بغيرها التى لم يكن لها لوائح [1] .

وكثيرا ما قضت محكمة النقض بأن مجالس الطوائف التى لم يصدر لها قوانين تنظمها على غرار التشريعات الثلاثة التى نظمت مجالس الاقباط الارثوذكس والانجيليين والارمن الكاثوليك ، تستمد ولايتها فى مسائل الاحوال الشخصية من القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ [2] . وبذلك قضت المحكمة على ما ثار من خلاف فى هذا الصدد حول ما إذا كانت ولاية القضاء لا تثبت إلا للطوائف الثلاث التى صدرت بها تشريعات تنظمها ، أم أن هذه الولاية تمتد إلى باقى الطوائف الأخرى التى لم يصدر قانون بتنظيم مجالسها الطائفية .

هذا ويراعى أنه إذا كان المرسوم بقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٣٦ قد أثار مسألة اشتراط صدور لائحة خاصة لكل مجلس من المجالس الطائفية ، إلا أن هذا المرسوم قد سقط كما رأينا ، ولم يعد هناك مجال لاشتراط صدور مثل تلك اللائحة حتى يعتبر المجلس الطائفى من الجهات القضائية المنظمة ، وقد كانت سائر الطوائف التى وجدت لها جهات قضائية على النحو السابق تتمتع بولاية القضاء بين تابعيها سواء صدرت لها لائحة داخلية أو لم تصدر . ولم يكن هناك من فارق بين الطوائف فى هذا الصدد إلا من حيث تنفيذ الاحكام ، فكانت الاحكام الصادرة من مجالس الطوائف تنفذ بالطرق الادارية اللهم إلا المجالس التى لم

---

(١) أنظر : إيهاب اسماعيل . السابق . ص ٢٤ . أحمد أبو الوفا : المرافعات . المرجع السابق . فقرة ٢٣٦ ص ٢٨٧ والهامش .

(٢) أنظر حكما صادرا من الجمعية العمومية فى ٢٢ مايو ١٩٥٤ طلب رقم ٣ سنة ٢٣ ق «تنازع اختصاص» مجموعة المكتب الفنى س ٥ عدد ٣ ص ٧٠١ . وحكما آخر فى ٢٧ نوفمبر ١٩٥٤ طلب رقم ٥ س ٢٤ ق «تنازع اختصاص» مجموعة المكتب الفنى س ٦ عدد ١ ص ٢١ وكذلك حكما ثالثا . فى نفس التاريخ طلب رقم ٤ س ٢٤ ق . المجموعة السابقة ص ١٣ .

وأنظر كل الأحكام السابقة فى مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ عاما حتى آخر سنة ١٩٥٥ . ص ١٥٨ – ١٥٩ قواعد رقم ١٤٧ – ١٤٨ – ١٥٠ .

تصدر لها لوائح داخلية ، فكانت الإدارة لا تنفذ أحكامها ، بل كان أصحابها يطالبون بتنفيذها لدى المحاكم الأهليـة أو المختلطة . ومن الطوائف التى لم تقـدم لوائحها طائفة الأرمن الأرثوذكس ، والسريان الأرثوذكس ، والأرمن الـكاثوليك ، وطائفة الربانيين بالاسكندرية [١] .

ومما سبق يتبين لنا أنه يكفى أن ينتسب المتنازعون إلى طائفة من الطوائف السابقة والتى كانت لها جهة قضائية منظمة ، فيتوافر بذلك شرط انتمائهم إلى طائفة لها جهة قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون ٤٦٢ ، ذلك لأن جهات القضاء الطائفى التى لم تنظم بقوانين خاصـة كانت تستند إلى القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ فى الحـكم بين أبناء الطائفة المنتمين إليها .

المبحث الثالث

عدم تعارض شريعة غير المسلمين مع النظام العام

٦٧ — **اختلاف هـذا الشرط عن الشرطين السـابقين** : رأينا فيما سبق أن المشرع قد اسـتلزم لتطبيق شريعة غير المسلمين شروطا ثلاثة وهى : أن يكون الخصوم متحدين من حيث الطائفة والملة ، وأن توجد لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، وأن تصدرالأحكام ، طبقا

---

(١) وقد تعرضت محكمة القاهرة الابتدائية للاحوال الشخصية لهذا الموضوع (حكم فى القضية رقم ١١١٦ لسنة ١٩٥٦ كلى ، مشار إليه فى إهاب اسماعيل ، ص ٣٥) عندما طعن فى أحد الاحكام الصادرة من مجلس ملى الاقباط الارثوذكس بدعوى أنه غيرمختص لعدم صدور لائحة داخلية ، قررت المحكمة بأنه على الرغم من أن اللائحة قد صدرت بتاريخ ١٩٣٠/١١/١٦ ، إلا أن المرسوم الذى اشترط ذلك قد بطل العمل به لعدم عرضه على البرلمان . وانظر أيضا فى هذا الصدد ، إهاب اسماعيل ، المرجع السابق . فقرة ٢٦ ومابعدها ص ٦٨ .

لشريعتهم،فى نطاق النظام العام . وقد تعرضنا بالدراسة للشرطين الأولين، ويبقى علينا أن نبحث الشرط الثالث وهو ضرورة اتساق شريعة غير المسلمين مع النظام العام .

هذا الشرط الثالث يختلف عن الشرطين السابقين من حيث كيفية إعماله . وإذا كان القاضى يستطيع أن يتثبت من اتحاد الخصوم فى الطائفة والملة والديانة أو من اختلافهم فيها ، عن طريق شواهد مختلفة وأدلة إثبات متعددة كما رأينا ، وإذا كان من اليسير عليه أيضا التأكد من قيام جهة قضاء ملى للخصوم ، فان يقوم بذلك تمهيداً لتطبيق شريعتهم . بمعنى أنه إذا ما ثبت لديه الشرطان ، الأول والثانى ، كان عليه أن يطبق شريعة الخصوم الدينية ، وهو حتى ذلك الحين لم يدخل فى البحث عن الشرط الثالث ، إذ يقتضى منه ذلك أن يبحث أولا شريعة الخصوم ، لكى يبين ما إذا كانت القاعدة التى ينبغى عليه تطبيقها فى صدد النزاع المعروض أمامه تصطدم مع النظام العام أم لا . وبعبارة أخرى إن بحث توافر الشرطين الأول والثانى أمر لازم ، يسبق البحث عن الشرط الثالث ويمهد للوصول إليه . فإذا ما ثبتا تعين البحث فى شريعة الخصوم عن القاعدة الواجبة التطبيق ، للوصول إليها ومعرفة ما إذا كانت تتفق مع النظام العام . وعلى النقيض من ذلك إذا ما تبين للقاضى تخلف هذين الشرطين أو أحدهما ، فإن هذا من شأنه أن يغنيه عن التعرض بالبحث للقاعدة الواجبة التطبيق ومسايرتها للنظام العام .

وإذا ما توافرت الشروط تعين على القاضى تطبيق القاعدة الخاصة فى شريعة الخصوم ، وإلا فإنه يمتنع عن تطبيقها ، كما يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبى إذا ما تعارض مع النظام العام فى مصر ، وبذلك ينفسح المجال أمام تطبيق الشريعة العامة فى مصر ، وهى الشريعة الإسلامية . ولا خلاف حول

تطبيق الشريعة الإسلامية فى هذه الحالة . وهذا ما يفهم من نص المادة السادسة من القانون ٤٦٢ لأن تطبيق شريعة غير المسلمين معقود بتوافر الشروط التى نصت عليها الفقرة الثانية من هذه المادة ، فإذا لم تتوافر هذه الشروط طبقت الشريعة العامة . على أن هناك أمراً آخر يثور بصدد الشرط الثالث ، وهو صعوبة إثباته . فمن اليسير على القاضى ، كما قدمنا أن يتوصل إلى إثبات اتحاد الأفراد أو اختلافهم فى الديانة أو المذهب أو الطائفة ؛ وكذلك من اليسير عليه إثبات قيام جهة قضائية خاصة بهم ، وكل هذه أمور محسوسة يسهل إثباتها ، ويعاونه الخصوم فى هذا الإثبات ، إلا أن إثبات تعارض قاعدة من قواعد الشريعة الدينية للخصوم مع النظام العام لن يكون بتلك السهولة ، نظراً لصعوبة الوقوف على مايعتبر من النظام العام وما لا يعتبر كذلك . وإذا كان هذا أمرا صعبا فى نطاق الروابط العادية ، فإنه أكثر صعوبة فى نطاق الأحوال الشخصية ، وخاصة لتعلق هذه المسائل بأمور لها صلة بالعقيدة الدينية وتمس الإنسان فى أدق العلاقات ، فالبحث فيها أمر دقيق للغاية .

٦٨ — أساس استبعاد شريعة غير المسلمين لتعارضها مع النظام العام :

ويثور التساؤل فى صدد الشرط الثالث عن ضرورة مثل هذا الشرط ، وخاصة أن الأمر يتعلق بتطبيق الشرائع الدينية للطوائف المختلفة ، ومن المفروض أنها قواعد دينية تتصل بألصق المسائل بذات الانسان ، وتمسه فى أدق المشاعر ، وتمس العائلات فى أدق العلاقات ، كما تقول المذكرة الايضاحية . فاذا كانت القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة تطبق فى علاقات أبناء تلك الطوائف فيما بينهم ، فكيف يتصور أن يقال إن مثل تلك القواعد ، التى كان لها احترامها لديهم ، قد يمتنع على القاضى تطبيقها لمساسها بالنظام العام [1] ؟ .

---

(١) ولذلك فان شرط النظام العام هنا يبدو غريبا ، لأن الأصل أن تكون أجزاء =

يبدو أن المشرع حين نص فى المادة السادسة من القانون ٤٦٢ على أن تكون شريعة غير المسلمين متسقة مع النظام العام ، قد تأثر بما هو معروف فى القانون الدولى الخاص من استبعاد القانون الواجب التطبيق فى علاقة ذات عنصر أجنبى ، إذا تعارض هذا القانون مع النظام العام . وهذا ما نصت عليه المادة ٢٨ من القانون المدنى ، إذ قررت أنه « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى ، عينته النصوص السابقة ، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر » . وإذا كان الأمر كذلك وأن المشرع قد تأثر بما هو متبع فى القانون الدولى الخاص ، فانه ينبغى أن يراعى ماهنالك من فارق بين الوضعين ، ففى حالة تطبيق القانون الأجنبى من المتصور أن تصطدم قواعده بالنظام العام فى مصر ، وذلك لاختلاف الأنظمة القانونية باختلاف الدول ، ومن الممكن أن تتعارض أحكام قوانينها مع القواعد الأساسية المعتبرة من النظام العام عندنا . لكن هل يتصور أن يقوم ذلك بالنسبة لقواعد كان معمولا بها لدى الطوائف الدينية المختلفة فى مصر ؟ يمكن القول ، فى هذا الصدد ، إن المشرع قد توقع قيام مثل هذا التعارض ، ذلك لأن الطوائف غير الإسلامية فى مصر متعددة ، وبالتالى تعددت قواعدها الواجبة التطبيق ، ومن الممكن أن يكون من بين تلك القواعد المتعددة ما يتعارض مع النظام العام ، وخاصة لأنها تستمد من مصادر متنوعة . بل إن منها ما هو مأخوذ عن قوانين أجنبية قامت بنقلها الهيئات التى لها الاشراف على الطوائف الدينيــة فى مصر . وهذا من شأنه أن يجعل من

= النظام القانونى الواحد متناسقة غير متعارضة . وإذا كان هذا القيد ضروريا لتطبيق القوانين الأجنبية ، إذ يؤدى إعماله إلى استبعادها ، فان إعماله فى النطاق الداخلى يؤدى إلى استبعاد قاعدة وطنية (احمد سلامه ، الطبعة ، ص ٣٣٤ هامش ١) والمقصود بذلك قاعدة كانت تقرها الشرائع الدينيــة لغير المسلمين عندنا ، كما فى المتن . وسنرى السبب الذى دعا المشرع الى وضع هذا الشرط . ولذلك فانه لا مجال للنص عليه اذا ما قنن المشرع أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين وأصدر بها تشريعا ، كما هو منتظر .

المحتمل قيام تعارض بعض قواعدها مع النظام العام ، لأنها وضعت فى بلاد وفى بيئات لها تقاليدها ولها طابعها الخاص . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فقد رأينا أن الشرائع الطائفية لغير المسلمين لم تقتصر فى مصادرها على ماجاءت به الكتب السماوية فقط ، بل إنها تستمد قواعدها من مصادر أخرى ، ومن بينها قوانين البلاد التى نشأت بعض الشرائع الدينية فى رحابها ، وكذلك من تعاليم وأوامر الرؤساء الدينيين والتقاليد . وقد يكون من بين القواعد المستمدة من هذه المصادر جميعا ما لا يتفق والنظام العام عندنا ، وخاصة إذا راعينا أن من بين تلك القواعد ما قد يتعارض مع النظام العام بسبب تغير الظروف ، وإن كان هذا بطبيعة الحال أمراً نادراً .

يضاف إلى هذا وذاك أن قواعد غير المسلمين لازالت غير محددة ، والوضع فيها غير مستقر ، ولم يصدر بها تشريع من الدولة ، بل يتولى تنسيق تلك القواعد وابرازها إلى حيز الوجود أتباع الطوائف المختلفة ، ومن المتصور فى ظل مثل تلك الأوضاع أن تتعارض قواعدهم مع النظام العام .

من ذلك كله يتبين لنا لماذا نص المشرع على استبعاد شريعة غير المسلمين إذا تعارضت قواعدها مع النظام العام . ذلك أنه لم ينظم قواعد الأحوال الشخصية الخاصة بغير المسلمين عن طريق التشريع ، وإنما اكتفى فى هذا الصدد ببيان تطبيق الشرائع الخاصة بالطوائف المختلفة إذا توافر شرط اتحاد الطائفة والملة بين الخصوم وكانت لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . والمشرع بطبيعة الحال لا يعرف على وجه الدقة ما هنالك من قواعد خاصة بالطوائف المختلفة والتى يحتمل أن يفضى إعمال الشرطين السالفين إلى تطبيقهما ؛ ولهذا فانه يعطى للقاضى وسيلة يستبعد بها تطبيق شريعة غير المسلمين إذا وجدت متعارضة مع النظام العام ، وذلك ضمانا لحماية الصالح العام

وحفظاً لكيان المجتمع[1] . وإذا ما وصلنا إلى أن شريعة غير المسلمين تستبعد إذا تعارضت قواعدها مع النظام العام ، قامت الصعوبة بعد ذلك للوقوف على ما يعتبر من النظام العام ، فماذا يقصد بالنظام العام الذى ينبغى أن تستبعد أحكام شريعة غير المسلمين إذا تعارضت معه ؟

٦٩ — تحديد المقصود بالنظام العام فى هذا الصدد : لاجدال فى أنه لا يقصد بالنظام العام فى هذا الصدد قواعد الأحوال الشخصية التى صدرت بها تشريعات عامة تسرى على جميع المصريين . فقد رأينا أن هناك حالات كانت تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية ، وكانت تطبق فى شأنها تبعا لذلك الشرائع الدينية للطوائف المختلفة ، ولكن المشرع نظم هذه المسائل بقواعد تشريعية ، فخرجت بذلك من نطاق ولاية الشرائع الدينية ، وأصبحت خاضعة للقوانين التى نظمتها. فى هذه الحالة ينبغى استبعاد شريعة غير المسلمين فى صدد ما نظمته التشريعات المختلفة من مسائل الأحوال الشخصية . وليس معنى استبعادها فى هذه الحالة أنها تخالف النظام العام ، بل إنها تستبعد لأن القاضى لا يأتمر بها ، وإنما هو يأتمر بما وضعه المشرع فى شأنها من قواعد تشريعية ، فالقاضى ملزم بتطبيق التشريع الصادر من السلطة المختصة ، ولا يمكن هنا إثارة تطبيق الشرائع الطائفية ، اللهم إلا فى الحالات الاستثنائية التى قد يباح فيها للأفراد الاحتكام إلى شرائعهم الخاصة ، كما هو الشأن بالنسبة للمواريث . على النحو الذى ذهبنا إليه من قبل .

---

(١) وهذا هو نفس الاساس الذى يقال به كذلك فى صدد استبعاد تطبيق القانون الأجنبى إذا تعارضت أحكامه مع النظام العام فى مصر ، وذلك فى العلاقات ذات العنصر الأجنبى ، تطبيقا لقواعد القانون الدولى الخاص .

(أنظر مذكرات الدكتور منصور مصطفى منصور ، تنازع القوانين ، الاسكندرية ١٩٥٦ — ١٩٥٧ ، فقرة ٣٨ ص ١٣٢ . وكذلك الدكتور عز الدين عبد الله ، الجزء الثانى فى تنازع القوانين ، سنة ١٩٥٥ ، فقرة ١٤٧) .

وإذا ما طبقت الشريعة الخاصة فى مثل هذه الحالة يثور البحث عن مطابقتها أو عدم مطابقتها للنظام العام ، حتى يمكن للقاضى أن يطبقها أو لا يطبقها . وعلى ذلك ففى صدد المسائل التى نظمت بتشريعات موحدة واستبعدت بذلك كما رأينا من نطاق الأحوال الشخصية ، لا محل للبحث عن مطابقة الشرائع الطائفية للنظام العام ، لأن هذه الشرائع لا مجال لها فى التطبيق ، اللهم إلا إذا سمح بتطبيقها بصفة استثنائية على سبيل الاحتكام إليها [1].

ومن ناحية أخرى ، ينبغى أن نستبعد ماقد يخطر فى الذهن من أن المقصود بالنظام العام فى هذا الصدد هو قواعد الشريعة الاسلامية ، بمعنى أنه إذا تعارضت قاعدة من قواعد الشرائع الخاصة بغير المسلمين مع قاعدة من قواعد الشريعة الإسلامية ، كانت القاعدة الأولى مخالفة للنظام العام ، فتستبعد لكى تطبق الشريعة الإسلامية . ذلك أن التسليم بهذا الرأى معناه عدم تطبيق شرائع غير المسلمين ، لأن الشريعة الإسلامية نظمت كل مسائل الأحوال الشخصية ووضعت لها الحلول .

ويراعى فى هذا الصدد أن الفقهاء فى الشريعة الإسلامية يفرقون بين نوعين من القواعد : نوع له صفة الإلزام ، ونوع آخر ليست له هذه الصفة . وإذا كانت الشريعة الإسلامية تعطى لغير المسلمين المقيمين فى بلد إسلامى امتيازات خاصة من حيث تطبيق شرائعهم فى بعض الأمور ، فإن هذه الامتيازات لا تنسحب على النوع الأول من القواعد التى لها صفة إلزامية ، لأنها تمس كيان المجتمع ، أو بمعنى آخر تتعلق بالنظام العام ، باعتبارها قواعد أساسية لا تحتمل التغيير أو التبديل . أما القواعد الأخرى التى ليست لها صفة إلزامية ،

---

(١) قارن مع ذلك : إهاب اسماعيل ، المرجع السابق ، ص ٥٩ رقم ٢٠ .

فهى قواعد تحتمل التغيير والتبديل ، ولذلك يخضع غير المسلمين فيها لأحكام شرائعهم [١] .

وإذا كانت شرائع غير المسلمين لاتطبق فيما جاءت بشأنه قواعد ثابتة لا تحتمل التغيير ، فإن الفقهاء قد اختلفوا حول تحديد هذه القواعد . فأبوحنيفة مثلا يخرج من نطاق هذه القواعد التى لا تحتمل التغيير الأنكحة الفاسدة فى حكم الإسلام بما فيها أنكحة المحارم لأنها جائزة فى بعض الأديان ، ولا يتفق معه الصاحبان فى ذلك . وعلى هذا يمكن القول بأن تصرفات غير المسلمين بالنسبة للقواعد التى لا تحتمل التغيير تنتج آثارها متى كانت شرائعهم تقرها . وبمعنى آخر إن القواعد التى تتفق وشرائعهم تعتبر صحيحة حتى ولو خالفت قاعدة من القواعد التى لا تحتمل التغيير فى الشريعة الإسلامية ، أى قاعدة من قواعد النظام العام . وهذا هو المختار عند الحنفية ، وهو يتفق مع ما قصد من ترك غير المسلمين وما يدينون به [٢] .

ومن ذلك يتبين أنه حتى بالنسبة للقواعد الثابتة التى لا تحتمل التغيير فى الشريعة الإسلامية فإن الراجح هو إقرار غير المسلمين على شرائعهم بالنسبة لها متى كانت شرائعهم تبيح لهم ذلك . وهذا يعنى أنه حتى بالنسبة للقواعد التى تعتبر من النظام العام فى الشريعة الإسلامية ، فإنها لاتعتبر كذلك بالنسبة لغيرهم متى كانت شرائعهم تقرها ، لأن الإسلام يأمر بتركهم وما يدينون به . ولهذا ينبغى أن تستبعد هذه الفكرة ، وهى أن المقصود بالنظام العام إنما هى قواعد

---

(١) أنظر فى هذا : عبد المنعم رياض ، : المرجع السابق ، فقرة ٣٢٢ ص ٢٨٩ .

(٢) أنظر فى هذا : عبد المنعم رياض ، السابق ، فقرة ٣٢٣ و٣٢٤ ص ٢٩٠–٢٩٢ ، وانظر كذلك الفقرة ٣٢٥ وما بعدها .

الشريعة الإسلامية [١] وتبعا لذلك ينبغي أن نبحث عن المقصود بالنظام العام الذى ينبغى أن تطبق أحكام شرائع غير المسلمين فى الحدود التى يحترم فيها .

ومن العسير أن نحدد المقصود بفكرة النظام العام ، وإن كان يمكن القول بصفة عامة أن القواعد التى تتعلق بالنظام العام هى القواعد التى ترمى إلى تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية وتتعلق بنظام المجتمع وتعلو على مصالح الأفراد [٢].

ولكن الواقع أن كل ما يمكن أن يقال فى شأن تحديد المقصود بالنظام العام لن

---

(١) وهذا لايعنى بطبيعة الحال أن أحكام الشريعة الاسلامية تستبعد بصفة مطلقة ولاتعتبر من النظام العام ؛ ذلك أن من بين القواعد التى تعتبر من النظام العام ما هو مستمد من الشريعة الاسلامية .

فمن قواعد الشريعة الاسلامية ما قد يتعلق بكيان المجتمع ويعتبر بذلك من النظام العام ، على ما سنرى فى تحديد المقصود بالنظام العام فى المتن . وفى هذه الحالة لاتعتبر القاعدة من النظام العام لأنها من قواعد الشريعة الاسلامية ، وانما هى تعتبر من النظام العام لأنها تمس كيان المجتمع وتتعلق بالمصالح العليا الرئيسية ، فينبغى أن تكون تبعا لذلك من النظام العام بالنسبة للجميع من مسلمين وغير مسلمين ، بصرف النظر عن ديانتهم . وهذا ما ذهبنا اليه من قبل فى الطبعة الأولى من هذا الكتاب . أنظر أحمد سلامه . الطبعة الثانية ١٩٦٢ ص ٣٤٠ هامش ٣ .

والواقع — كما قيل — أنه بالنسبة لمسائل الزواج وما يتصل به لايوجد فيها مايخل بالمجتمع، فلا ضرورة لإلزامهم بأحكام الإسلام ، وخاصة لأن الزواج من أسس الأحوال الشخصية للإنسان فمن الواجب أن تراعى بالنسبة لمن له عقيدة غير المسلم وشريعته ، بأن تكون هذه الشريعة هى الواجبة التطبيق (أنظر الدكتور محمد يوسف موسى ، أحكام الأحوال الشخصية ، طبعة ١ فقرة ٢١٩ وما بعدها ص ١٦٨ وما يليها) .

(٢) أنظر فى تعريف النظام العام والمقصود به : رسالة الدكتور احمد مسلم ، بعنوان : l' ordre Public devant le Juge égyptien (بالفرنسية) مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٥٠، ص ٢٨ وما بعدها . وانظر كذلك : عبد المنعم رياض ، السابق ؛ فقرة ٢٨٦ وما بعدها ص ٣٤٥ . حامد زكى ، المرجع السابق ، فقره ٢١٢ وما بعدها ص ١٩٣ . عز الدين عبد الله ، السابق ، فقرة ١٤٦ ص ٣٨٧ ، منصور مصطفى منصور ، السابق ، فقرة ٣٩ ص ١٣٣ . وانظر كذلك السنهورى : الوسيط ، جزء ١ فقرة ٢٢٨ ومابعدها ص ٣٩٩ .

يوصلنا إلى تعريف عام شامل لما يمكن أن يعتبر من النظام العام وما لا يعتبر كذلك، وخاصة إذا أدخلنا فى اعتبارنا أن فكرة النظام العام فكرة نسبية غير ثابتة تختلف باختلاف الزمان والمكان ، فهى تختلف من دولة إلى أخرى ، كما أنها فى الدولة الواحدة قد تختلف من زمان إلى آخر ، ولهذا فانه يحسن أن يترك الأمر للقاضى يحدد فيه ما يعتبر من النظام العام وما لا يعتبر كذلك ، وهو يتولى تقدير النظام العام وقت الفصل فى النزاع الذى يعرض عليه ، مستهديا فى تقديره بالحقائق الاجتماعية والسياسية والاقتصادية فى البلاد ، دون تقيد بآرائه وميوله الشخصية [1] . فاذا ما توصل القاضى إلى أن القواعد التى أتت بها شريعة من الشرائع الطائفية لغير المسلمين تتعارض مع ما يقره النظام الاجتماعى أو مع ما تتطلبه المصلحة العامة العليا للمجتمع ، وكشف عن هذا التعارض ، تعين عليه استبعاد حكم الشريعة الطائفية فى هذا الصدد لتعارضها مع النظام العام : والقاضى إذ يقرر هذا إنما يخضع فى تقريره لمحكمة النقض [2] .

وتبدو مهمة القاضى فى هذا الصدد مهمة عسيرة ، لأن الأمر — كما قدمنا —

---

(١) جاء فى المشروع التمهيدى للقانون المدنى ، تعليقا على المادة ١٨٨ التى صارت فيما بعد المادة ١٣٥ (والتى تقضى بأنه « إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا ») ، ما يلى : ومهما يكن من أمر ، فليس فى الوسع نبذ فكر النظام العام دون أن يستتبع ذلك اطراح ما توطد واستقر من التقاليد . وقد رؤى من الواجب أن يفرد مكان لهذه الفكرة فى نصوص المشروع لتظل منفذاً رئيسياً تجد منه التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبيلها إلى النظام القانونى لتبث فيه ما يعوزه من عناصر الجدة والحياة . بيد أنه يخلق بالقاضى أن يتحرر من إحلال آرائه الخاصة فى العدل الاجتماعى محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب . فالواجب يقتضيه أن يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها ، لا مذهبا فرديا خاصا » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، جزء ٢ ، ص ٢٢٣) .

(٢) أنظر رسالة الدكتور مسلم ، السابقة (بالفرنسية ص ٥٩ ، وهامش رقم ٣) من نفس الصفحة .

يتعلق بمسألة دقيقة حساسة قد يكون لها طابع دينى ، وهذا ما يجعلنا نتريث كثيراً أمام ما يعتبر مخالفا للنظام العام فى هذا الصدد .

٦٩ مكرر — أمثلة لما يتعارض من شرائع غير المسلمين مع النظام العام : — من الشريعة الاسرائيلية ارصاد الزوجة :

وقد عرض الأمر على المحاكم بعد إلغاء جهات القضاء الملى بالنسبة لمسألة تعرضت لها الشريعة الاسرائيلية ، وهى خاصة بحالة من توفى عنها زوجها دون أن ينجب منها ولدا وصيرورتها زوجة لأخ زوجها ، فقضت باستبعاد هـذا الحكم لمنافاته للنظام العام . وتفصيل ذلك أنه جاء فى كتاب الأحوال الشخصية لابن شمعون نص يقضى بأن « المتوفى زوجها إذا لم يترك أولاداً وكان له شقيق أو أخ لأبيه ، عدت له زوجة شرعا ، لا تحل لغيره ما دام حيا ، إلا إذا تبرأ منها ... » [1] . ولما عرض النزاع على محكمة القاهرة الابتدائية [2] . قررت أن هذا يخالف النظام العام ، وجاء فى حيثياتها ما يأتى :

« حيث إن المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الذى ألغى المحاكم الشرعية والمجالس الملية تقضى بأنه فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة تصدر الأحكام فى نطاق النظام العام طبقا لشريعتهم . وحيث إن مدار البحث ينحصر فى هل القضاء بشريعة الخصوم طبقا للقاعدة السالفة الذكر ، وهم من طائفة اليهود الربانيين ، يتعارض مع النظام العام أم لا .

وحيث إن الزواج ما هو إلا عقد كباقى العقود ، من أركانه الرضا ، ولا يتم

---

(١) المادة ٣٦ من كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لابن شمعون . وقد أحال النص بعد ذلك إلى المادة ٤٣ من نفس الكتاب وهذه بدورها أحالته إلى سفر التثنية الاصحاح ٢٥ بالنسبة لطريقة التبرؤ من زوجة المتوفى .

(٢) فى القضية رقم ١٠١٢ لسنة ١٩٥٦ فى ١٩٥٦/٦/٢٥ (مشار إليه فى إهاب اسماعيل ص ٦٣—٦٤ ، وفى المرجع لصالح حنفى جزء ١ ص ٢٨١ .

إلا بعد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، فركن الزواج الايجاب من طرف والقبول من الطرف الآخر .

وحيث إن شريعة طرفى الخصومة تعتبر أرملة أخ المتوفى كزوجة لشقيق المتوفى بمجرد وفاة الشقيق ، وتثبت لها حقوقا كالزوجة تماما ، بفرض نفقة لها على شقيق زوجها ، كل ذلك دون توقف على رضاء الطرفين . إلا أنه قد يقال إن الشقيق يمكنه أن يتخلص من هذا الزواج بإعطاء أرملة أخيه « الحاليصاه » وهى أشبه بالطلاق لكى ينهى هذه العلاقة . ولكن الحال بالعكس بالنسبة لأرملة المتوفى ، فإنها لا يمكنها التخاص من الزواج إذا رغبت عنه فى حالة قبول الشقيق للزواج مما يعدم الرضا من جانب الزوجة ، ويجعل الإرادتين غير متطابقتين ، الأمر الذى ترى معه المحكمة أن الأساس الذى بنيت عليه قاعدة الزواج متعارض مع قاعدة من النظام العام ، هى الرضا الواجب توافره من الطرفين لانعقاد كافة العقود ، وهو فى عقد الزواج الذى يجمع بين آدميين ألزم لما لهذا العقد من عظيم الأثر والشأن ، ويتعين لذلك عدم الأخذ بقاعدة إرصاد الأرملة لأخ زوجها لتعارضها مع النظام العام » .

ومن ذلك يتبين أن المحكمة رفضت أن تطبق قاعدة من القواعد التى جاءت بها الشريعة اليهودية بين أبنائها المتحدى الطائفة والملة ، على أساس أن تطبيق هذه القاعدة يتعارض مع النظام العام .

ومن ذلك يتبين أن المحكمة رفضت أن تطبق قاعدة من القواعد التى جاءت بها الشريعة اليهودية بين أبنائها المتحدى الطائفة والملة ، على أساس أن تطبيق هذه القاعدة يتعارض مع النظام العام .

على أن هذا الذى جاء به الحكم يدعونا إلى التساؤل عن حقيقة هذه القاعدة التى جاءت بها الشريعة اليهودية ، وخاصة أنها لم ترد فى رأى لفقيه أو لمجتهد وإنما جاءت فى الكتاب المقدس ، فى عهده القديم بسفر التثنية [1] ، حيث نص

(١) الاصحاح ٢٥ الايات ٥ وما بعدها .

على أنه : « إذا سكن إخوة معاً ومات واحد منهم وليس له ابن فلا تصير امرأة الميت إلى خارج لرجل أجنبي . أخو زوجها يدخل عليها ويتخذها لنفسه زوجة ويقوم لها بواجب أخي الزوج ، والبكر الذى تلده يقوم باسم أخيه الميت لئلا يمحى اسمه من إسرائيل. وإن لم يرض الرجل أن يأخذ امرأة أخيه ، تصعد امرأة أخيه إلى الشيوخ وتقول قد أبى أخو زوجي أن يقيم لأخيه اسما فى إسرائيل ، لم يشأ أن يقوم لى بواجب أخي الزوج ، فيدعوه شيوخ مدينته ويتكلمون معه ، فإن أصر وقال لا أرضى أن أتخذها ، تتقدم امرأة أخيه إليه أمام أعين الشيوخ وتخلع نعله من رجله وتبصق فى وجهه وتصرخ وتقول هكذا يفعل بالرجل الذى لا يبنى بيت أخيه . فيدعى اسمه فى إسرائيل بيت مخلوع النعل » .

هذا هو ما جاء بالتوراه عن إرصاد الأرملة لشقيق زوجها المتوفى ، وقد انقسم اليهود فى شأن هذه المسألة ؛ فبالنسبة للقرائين لم يعد هذا الحكم معمولا به عندهم لأنهم قد اعتبروه منسوخا من يوم ذهاب الملك من إسرائيل وتشتتهم وزوال توارث الأرض بين الأسباط ، وهو ما شرع الحكم من أجله . ولكن الحكم لازال قائما بالنسبة لليهود الربانيين ، وهم يعملون به وإن كانوا يقبلونه مع شدة تضجرهم منه ؛ كما أن منهم (الاشكنازيم) من اصطلح على أن يتنصل الرجل إذا كان متزوجا ، وذلك لاصطلاح هذا الفريق من الربانيين على منع تعدد الزوجات [١] .

ومع هذا فإن الحكم لايزال قائما عند اليهود ، على الأقل عند الربانيين ؛ وإذا كان هذا الحكم يستند إلى كتاب سماوى ، على النحو السابق ، فان فى

---

(١) مراد فرج : القراؤن والربانون ، المرجع السابق ، ص ١٢٨ — ١٢٩ ، وكذلك شعار الخضر ، السابق ، ص ٩٣ .

اعتبار المحكمة أنه مخالف للنظام العام - نظرا لعدم توافر رضا الزوجة - ما يدعونا إلى التريث فى التسليم برأيها .

حقا إنه قد يكون للمحكمة العذر عندما استندت إلى نص المادة ٣٦ من كتاب ابن شمعون ، إذ أنه قد يفهم من عبارة « عدت له زوجة شرعا » أن أرملة الأخ تئول إلى أخيه بقوة القانون ، كما قيل . ولكن هذا الفهم يتعارض مع ما جاء بالتوراة فى النص السابق إذ يتضح منه أن زوجة الأخ لاتصيرلأجنبى بل يتزوجها أخوه ، ولهذا الأخ ألا يتزوجها . هذا هو ما ينبغى أن يفسر فى ظله عبارة « عدت له زوجة شرعا » أى تصير زوجته إذا رغب فى ذلك . وفى هذه الحالة يبرم بينهما عقد الزواج ، طبقا لما استقر عليه العمل فى هذه الحالة ، بتراضى الطرفين . أما إذا لم يرغب أخو الزوج فى هذا الزواج كان له أن « يتبرأ منها » ومعنى ذلك أنه لايتم الزواج بينهما بقوة القانون .

فما لاشك فيه إذن أن للزوج أن يتخلص من الزواج بأرملة أخيه ، وبالتالى يمكن القول بأن له حرية قبول هذا الزواج أو رفضه ، وهذا أمر مسلم به ، أى أن رضا الأخ متوافر فى هذه الحالة . والواقع أنه إذا كانت النصوص تتكلم فى هذا الصدد عن إعطاء الأخ الحق فى التخلص من التزوج بأرملة أخيه ، فليس هذا إلا جريا على ما هو متبع فى الشريعة اليهودية من إعطاء الرجل دائما الحق فى إنهاء العلاقة الزوجية . ويتكلم الكتاب المقدس دائما عن حق الرجل فى الطلاق وفى إيقاعه [1] ، ولكنه لم يتكلم صراحة عن حق المرأة فى طلب الطلاق ، بل ولا عن حق الشرع نفسه فى إنهاء العلاقة الزوجية ، مع أن من

---

(١) أنظر مثلا سفر التثنية ، الاصحاح ٢٤ الاية الأولى وما بعدها ، حيث يبين أن للرجل إيقاع الطلاق .

المسلم به أن للمرأة هذا الحق . كما إذا كان الرجل مجبوبا أو مرضوض الخصيتين أو عنينا أو عقيم الماء أو خبيث ريح الأنف أو الفم أو فاسد الأخلاق شريرا، يضربها أو يطردها أو يتركها بلا نفقة ، أو كان يحترف بما لا يطاق أو مالا يليق من الحرف ، فكل هذه الصور تسوغ للمرأة طلب الطلاق [1]. وأما عن حق الشرع فى إنهاء العلاقة الزوجية فهو ثابت أيضا ، كما إذا تم العقد على المحرمات ، والرجوع إلى المطلقة بعد زواج الغير بها ، وارتكاب المرأة الفحشاء . كل هذه أمور ثابتة [2]. وإذا كان الكتاب لم يتكلم عن هذين الحقين ـ حق المرأة وحق الشرع ـ صراحة كما تكلم عن حق الرجل ، فليس معنى ذلك أنه لا حق فى الطلاق إلا للرجل وأنه ليس للمرأة أو الشرع طلبه ، وأن كل تفريق قضائى باطل ، وإلا ما كان هناك معنى لذلك الحق الذى للمرأة والشرع ، وهو بلا نزاع غير منكور ، ولا يمكن تصور الحق مجردا أى بغير أن يكون فى الإمكان تنفيذه [3].

ومن ذلك يتبين لنا أنه إذا كانت التوراة قد تكلمت عن حق الرجل فى عدم قبول الزواج بدليل قولها « وإن لم يرض الرجل أن يأخذ امرأة أخيه ... » فإن هذا لم يكن إلا اتباعا للسياسة التى أشرنا إليها من إعطاء الرجل دائما حق إنهاء العلاقة الزوجية . ولهذا جعلت له التوراة الحق فى عدم الرضا بالزواج .

---

(١) مراد فرج : المرجع السابق ، ص١٦٩ . وانظر أيضا المواد ٢٠٦، ٢١٠، ٢١٣، ٢١٤، ٢١٦، ٢٢١ من كتاب الأحوال الشخصية لابن شمعون . كما أن هناك حالات يحرم فيها التزوج متى كان هناك عيب فى الرجل ، أنظر المادة ٤٥ من الكتاب السابق .

(٢) أنظر بالنسبة للمحرمات المواد ٣٧ وما بعدها من ابن شمعون ؛ وبالنسبة لحالة الزنا ، المواد ٨١ وما بعدها . وبالنسبة للرجوع إلى المطلقة بعد زواج الغير بها ، أنظر سفر التثنية الاصحاح ٢٤ الايات من ١ إلى ٤ .

(٣) مراد فرج ، المرجع السابق ص ١٧٠ ، وانظر أيضا ص ١٧١ .



ولكنها لم تصرح بإعطاء المرأة مثل هـذا الحق جريا على السياسة السابقة . ومع ذلك فان مجموعة الأحوال الشخصية للربانيين تبيح للأرملة أن ترفض الزواج بشقيق زوجها فى بعض الصور . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢١٠ من كتاب الأحوال الشخصية لابن شمعون بقولها : « إذا مات الرجل عن غير عقب وكان أخوه معيبا مثله فى رائحته أو فى حرفته ، فلها شرعا أن ترفض الزواج به ، وعليه إبراؤها ، ولا تسقط حقوقها » . ومن هـذا يتبين أن للأرملة أن ترفض الزواج فى هذه الصورة ، وبالتالى يعتبر رضاها متوافرا .

لكن إذا كان قد نص فى هـذه الحالة على إعطاء المرأة الحق فى أن ترفض الزواج من أخ زوجها ، فهل يفهم من ذلك أنه خارج هذا النص لا يكون لها أن ترفض ؟ لاشك أن هذا الاستنتاج لا يتفق مع مارأيناه من مسلك التوراة فى نصها على حقوق الرجل فى التخلص من الزوجية ، دون أن تنص على حقوق المرأة مع أن هذا أمر ثابت لاشك فيه . فإذا لم يكن هناك نص صريح يخولها التخلص من الزواج بأخ زوجها ، كما نص عليـه بالنسبة للأخ ، فإن هذا ليس إلا اتباعا لسياسة عدم التكلم صراحة عن حق المرأة فى التخلص من رابطة الزواج ، على نحو ما قدمنا .

ومن ناحية أخرى ، فإن الاستنتاج السابق يتعارض مع ما استقر عليه العمل فى هذا الصدد ، ذلك أنه ينبغى أن نعرف حقيقة ما يجرى فى هذه الحالة من حيث الواقع وما عليه العمل . فمن المعروف أن الأرملة لا تصير زوجة لشقيق زوجها بقوة القانون ، أى أنها لا تنتقل إليه انتقالا آليا بمجرد وفاة زوجها دون ذرية ، كما تنتقل التركة أو المتاع ، دون توقف على رضاها . إن هذا فهم

غير صحيح لمسألة إرصاد زوجة الأخ ، لأن الرضا لابد من توافره فى الزواج، أى لابد من توافر رضا الأرملة بزواجها من شقيق زوجها المتوفى . وهذا أمر لاجدال فيه، وتبعا لذلك لابد من أن تتخذ إجراءات الزواج أمام الهيئة الشرعية فى هذه الحالة . هذا ما عليه العمل فعلا ، وهو ما أيده شراح اليهود أنفسهم . إذ يقول أحدهم فى هذا الصدد « إن زواج الأخ من زوجة أخيه المتوفى دون عقب لايمكن أن يتم إلا برضا الزوجة » (Le lévirat ne peut être exercé que du consentement de l'ibama) [1] .

وعلى ذلك فلا بد من توافر رضا الزوجة ، بل إنه إذا كانت الزوجة (الأرملة) قاصراً تم الزواج برضا والدها ، وللزوجة الأرملة (ibama) القاصرة فى هذه الحالة أن ترفض زواجها بشقيق زوجها ، وتستطيع أن تتزوج من أجنبى دون أن تحصل على « الحاليصاه » (أى الخلاص) من شقيق زوجها [2] .

من هذا كله يتضح لنا أن الرضا بالزواج متوافر فى هذه الحالة ، سواء من جانب الرجل أم من جانب المرأة ، وبالتالى يسرى على هذا الرضا ما يسرى عليه فى أية صورة من صور الزواج . ولهذا لازلنا نعتقد أن ماذهبت إليه محكمة القاهرة فى حكمها السابق من عدم توافر الرضا ومخالفة ذلك للنظام العام ، لايقوم على أساس سليم ،

---

(١) وكل ما هنالك أنه إذا ما رفضت الأرملة الزواج دون أسباب مشروعة ، ترتبت على ذلك نتائج معينة نعرض لها بعد قليل . لكن المهم فى هذا الصدد هو ضرورة رضا الأرملة لإتمام الزواج ، أنظر فى هذا كتاب « سالمون طيبى » :

Salomon Tibi : Statuts personnels des israélites, t. III , (Tunis 1922 chapitre 15 - " Du Lévirat et de la halitza " notammemt P. 14, note No. 1

(٢) المرجع السابق ، ص ١٤ ، وقد جاء فيه أن :

(L' ibama mineure peut refuser le levirat et se remarier avec un étranger sans recevoir la halitza) .

ولا يتفق مع ما يفهم من الكتاب المقدس ، ولا مع ما يجرى عليه العمل، ولا مع ما قال به الشراح من أبناء اليهودية أنفسهم ، وبالتالى لا يخالف النظام العام .

ولعل ما يلفت النظر فى هذا الشأن ناحية أخرى تحتاج إلى إيضاح فاتنا أن نقوم به فى الطبعة الأولى من هذا الكتاب . ذلك أن ما يلفت النظر حقاً إنما هى النتائج التى قيل بترتبها فى حالة عدم الموافقة على الزواج من أرملة الأخ ، وقد يكون ذلك من جانب الأخ نفسه ، كما قد يكون من جانب الأرملة فاذا ما تبرأ الأخ منها، ورفض التزوج بها أصبحت فى حل من التزوج به ، ولها أن تتزوج غيره . هذا هو ما يتضح من التوراة ، ومن المصادر الأخرى ولا يكون لها أية حقوق قبله تترتب على هذا الرفض وإذا قيل بأن لها أية حقوق قبله، عد هذا مخالفا للنظام العام. أما إذا كان الرفض من جانب المرأة، وهى تملك ذلك . ولم يكن لهذا الرفض أسباب مشروعة ، فانه يترتب على ذلك نتائج بينها بعض الشراح ، إذ قيل إنها تفقد حقوقها فى عقد الزواج (كتوباه Ketouba) ، كما لا تستطيع أن تتزوج مرة أخرى من أجنبى ، طالما بقى إخوة زوجها ، الذين يستطيعون الزواج بها ، أحياء[1] . والواقع أن ترتيب مثل هذه النتائج على رفض أرملة الأخ ، إنما يتعارض مع النظام العام . لأنه منع لها من الزواج ، وهو ما ينافى إحدى الحريات الأساسية ، وبالتالى يخالف النظام

---

(١) Salomon Tibi ، المرجع السابق ونفس المكان المشار إليه .

ويقول فى هذا الصدد :

"mais si la Veuve refuse le lévirat sans motifs légitimes, elle perd ses droits à la Ketouba et ne pourra se remarier avec un étranger dvivant de ses beaux-frères aptes au lévirat".

العام[1] . فاذا كان للزوجة حرية عدم الموافقة على الزواج ، وهو ما نقره ، فاننا لا نقر النتيجة التى تترتب عليه وهى الحرمان من الزواج على النحو السابق. ولهذا نرى عدم الاعتداد بها ، ويكون للزوجة أن تتزوج من أجنبى حتى فى حياة إخوة زوجها .

وهناك ناحية أخرى قد تثير شبهة وجود ارتباط بين الأخ وأرملة أخيه ، وهى مسألة « الحاليصاه » (الخلاص) ، واستلزام إعطائها فى حالة عدم التزوج بأرملة الأخ ، وذلك إذا كانا بالغين. فاذا كانت الأرملة قاصرا ، يلزم عند بلوغها اتباع الاجراءات اللازمة لعمل « حاليصاه » أخرى[2] . هذا ، وإذا ما امتنع أخ المتوفى عن إعطاء « الحاليصاه » فان المحكمة تستطيع أن ترغمه على إعطائها ، كما أنه إذا تمت « الحاليصاه » معيبة بعيب من العيوب ، سواء من حيث الشكل أم من حيث الموضوع ، يعاد إجراؤها بعمل « حاليصاه » أخرى[3] .

هذا ما يتعلق باستلزام إعطاء « الحاليصاه » ، فهل يعنى ذلك أنه يلزم إعطاؤها نظراً لأن هناك رابطة ؟ لا نعتقد ذلك ، وإنما « الحاليصاه » ليست أكثر من التعبير عن الرغبة فى عدم التزوج بها ، سواء كانت قد صدرت من الأخ مباشرة ، أم كانت قد صدرت منه بناء على رغبتها هى إذا رفض وأرغمته المحكمة على إعطائها . فالحاليصاه إذن ليست دليلا على وجود رابطة كالزواج ، كما أنها ليست طلاقا . لأنه ليس هناك زواج ، ولاختلاف ما يترتب عليهما من نتائج .

الخلاصة إذن أن رضا الزوجة يوجد فى حالة الزواج من أخ زوجها المتوفى .

---

(١) ولهذا الحكم ما يماثله لدى بعض الطوائف المسيحية ، على ماسنرى فيما يلى ، حيث قد تحرم المطلقة من التزوج .

(٢) Saloman Tibi ، السابق ص ١٥ .

(٣) المرجع السابق ص ١٥ و ١٦ .

فهي لا تنتقل إليه آليا دون رضاها . بل لها أن تقبل الزواج أو ترفضه . ولذلك لا يمكن القول بأن هذا يتعارض مع النظام العام . أما ما يترتب على عدم الموافقة على الزواج ، من نتائج فانه يمكن اعتبارها متعارضة مع النظام العام [1] .

أمثلة أخرى : ويشير الفقه إلى أمثلة أخرى جاءت بها شرائع غير المسلمين ، على اعتبار أن ما جاء فيها يعتبر مخالفا للنظام العام .

من ذلك ما جاء فى المجموعات الحديثة للأقباط الارثوذكس [2] من أنه « يجوز لكل من الزوجين بعد الحكم بالطلاق أن يتزوج من شخص آخر إلا إذا نص الحكم على حرمان أحدهما أو كليهما من الزواج » . وفى هذا الحرمان من الزواج — كما قيل — قضاء على حرية أساسية من الحريات العامة وهى حرية الزواج وتكوين الاسرة ، وهذا يتنافى مع النظام العام [3] .

ومن ذلك أيضا ما سكتت عنه بعض الشرائع الملية ، كالكاثوليك ، من

---

(١) ولعل فى هذه النتيجة التى وصلنا إليها ما يقرب بين وجهة نظرنا ووجهة نظر الزملاء الذين قالوا إن حرية الرضا غير متوافرة بالمرة بالنسبة للزوجة التى تصير زوجة شرعا بقوة القانون ، وهناك مخالفة للنظام العام مطلقا دون تفرقة بين الرضا والنتائج التى تترتب على رفض الزواج . فالنتائج التى يقال بترتبها هى التى تتعارض مع النظام العام . وإذا سلمنا بذلك أمكن القول بزوال ما بيننا وبين البعض منهم من خلاف فى وجهة النظر (أنظر أحمد سلامه ، الطبعة الثانية رقم ١٦٥ ص ٣٤٢ وما بعدها خاصة آخر ٣٤٥ وأول ٣٤٦ . وانظر كذلك من القائلين بتعارض هذه القاعده مع النظام العام: إهاب اسماعيل ، السابق وأصول الأحوال الشخصية ، السابق رقم ١٥١ ص ٢٤٥ . جميل الشرقاوى (١٩٥٩ — ١٩٦٠) ص ٤٦ هامش ٣ . عبد الودود يحيى ، السابق ص ٧٩ .

(٢) أنظر مجموعة ١٩٣٨ مادة ٦٩ ومجموعة ١٩٥٥ مادة ٦٤ .

(٣) أنظر : إهاب اسماعيل : المرجع السابق ، فقرة ٢٣ ص ٦٥ ؛ جميل الشرقاوى — الكتاب الثانى (سنة ١٩٥٨) ص ٢١ .

حيث استلزام فترة العدة بعد انتهاء الرابطة الزوجية . إلى عدم استلزام مرور فترة العدة يتعارض مع النظام العام فى المجتمع ، لأنه يؤدى إلى اختلاط الأنساب ولذلك إذا ما وجدت شريعة من الشرائع الخاصة بغير المسلمين ، لا تأخذ بهذا الحكم كان ذلك مخالفاً للنظام العام[1] .

ومن الأمثلة فى هذا الصدد كذلك ما يوضع من قيود على حرية الأفراد فى قبول الزواج أو رفضه ، أى فى عدولهم عن الخطبة . فكل قيد يحد من حرية الأفراد فى العدول عن إتمام الزواج يعتبر باطلا ، سواء كان هذا القيد مباشرا أم غير مباشر عن طريق استلزام تعويض وفرض مغارم مالية على مجرد العدول فى ذاته ، أو عن طريق الاتفاق على شرط جزائى[2] .

ومهما يكن من الأمر ، فان الحالات التى تعتبر فيها شريعة غير المسلمين فى

= ومع ذلك ينبغى أن يراعى فى هذا الصدد ما جاء فى المسألة ٢٧ من الخلاصة القانونية للايغومانوس فيلوثاؤس من أنه : يترتب على الفسخ . . . حصول البرىء من السبب الموجب للفسخ على استحقاق الزواج بآخر ، ومتى شاء فله ذلك . أما من كان سبب الفسخ من قبله ، فان كان السبب مما يمكن زواله بتة ، فان صح ذلك وثبت زوال المانع عنه ورغب الزواج بواسطة الشريعة يجاب لذلك ، وإن كان السبب مما لا يمكن زواله قطعاً فيمنع من الزيجة مطلقاً » .

(١) أنظر جميل الشرقاوى ، المرجع السابق (١٩٥٨) ، ص ٢١ . وقد انتقد البعض بحق التفرقة فى هذا الصدد بين المسلمين الذين يلتزمون باحترام فترة العدة ، وبين غير المسلمين فيما بينهم والذين لا يلتزمون بانتظار فترة العدة . ذلك أن الأمر هنا لا يتعلق بمسألة تمس العقيدة الدينية ، ولذلك فلا محل للتفرقة بين المسلمين وغير المسلمين (أنظر رسالة الدكتور أحمد مسلم ، السابق الاشارة إليها ، ص ١٦٥) ، فخشية من اختلاط الأنساب ينبغى أن تفرض فترة العدة بالنسبة للجميع .

وانظر أيضا فى صدد مسألة العدة وفى الاعتداء على حق مسلم : بطرس كساب ، رسالته السابقة ، ص ٣١١ وما أشار إليه من مراجع فى الهوامش ١ و ٢ من هذه الصفحة .

(٢) أنظر بحثا لنا بعنوان : الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض فى حالة العدول عنها سنة ١٩٦٢ خاصة رقم ٤٧ ص ١١٧ وما بعدها ، وهو منشور بمجلة الحقوق ، كما سبق .

مصر مخالفة للنظام العام إنما هى حالات نادرة ينبغى الحذر فى النظر اليها وفى اعتبار ما إذا كانت مخالفة للنظام العام . ولعل القضاء يكشف لنا عن أمثلة أخرى تتضح فيها هذه المخالفة. فاذا ما تبين للقاضى ـ بعد التريث وبحث حقائق الأمور وأصولها ـ أن هناك قاعدة من القواعد فى شريعة غير المسلمين ، كان من المتعين أن يطبقها فى شأن النزاع المعروض أمامه ، تخالف النظام العام ، على النحو الذى بيناه من قبل ، امتنع عن تطبيق هذه القاعدة على الرغم من اتحاد الخصوم فى الطائفة والملة وعلى الرغم من وجود جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون ٤٦٢ ، وهو إذ يستبعد شريعة غير المسلمين فى هذه الحالة، ينبغى أن يطبق الشريعة العامة ، وهى الشريعة الاسلامية .

المبحث الرابع

الآثار التى تترتب على تخلف شرط من الشروط السابقة

٧٠ ـ الآثار من حيث الاختصاص القضائى والتشريعى :

رأينا فيما سبق أن المشرع قد استلزم شروطا ثلاثة لكى تطبق شريعة غير المسلمين من المصريين ، نص عليها فى المادة ٢/٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، وقد عرضنا لها بالدراسة فى المباحث الثلاثة السابقة . ولا جدال فى أن توافر هذه الشروط يترتب عليه أثره من حيث تطبيق شريعة غير المسلمين . لكن يثور التساؤل فى هذا الصدد ، عندما يتخلف شرط منها أو عندما تتخلف جميعها عن الأثر الذى يترتب على ذلك ؟

يثير هذا الموضوع بحث مسألتين ينبغى أن نتعرض لهما : الأولى خاصة بأثر تخلف شرط من هذه الشروط أو تخلفها كلها من حيث الاختصاص القضائى ، والثانية بأثر هذا التخلف من حيث الاختصاص التشريعى .

سبق الإلماع إلى أن المشرع قد عهد بعد إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية إلى دوائر تشكل بالمحاكم للفصل فى مسائل الأحوال الشخصية ، فما مدى اختصاص تلك الدوائر بالفصل فى منازعات الأحوال الشخصية عندما تتخلف الشروط اللازمة لتطبيق شريعة غير المسلمين ، أو عندما يتخلف أحدها ؟ وهل يناط بتلك الدوائر ، وبصفة خاصة بالنسبة لغير المسلمين ، تطبيق شريعتهم الطائفية فقط ، أم أن من الممكن للدوائر الخاصة بغير المسلمين أن تفصل بين الخصوم كذلك طبقا للشريعة الاسلامية ؟ وبمعنى آخر ، إذا ما تخلف شرط من شروط تطبيق شريعة غير المسلمين هل يمكن أن تحكم دوائر الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، بعدم الاختصاص ، أم أن لها أن تفصل فى الموضوع وتطبق الشريعة الاسلامية ؟ هذه ناحية أولى يتعين بحثها . ومن ناحية أخرى إذا كان من المتعين تطبيق الشريعة الاسلامية عندما لا تتوافر الشروط المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة ٦ فأى قواعد الشريعة الاسلامية تكون واجبة التطبيق . هل تطبق القواعد الموضوعية الخاصة بالمسلمين ، أم تطبق القواعد الخاصة بأهل الذمة والتى تضع الشريعة الاسلامية أسس تطبيقها ؟

هذه هى الأسئلة التى تثور فى الذهن عندما تتخلف الشروط التى نص عليها المشرع فى المادة السادسة سالفة الذكر . ولهذا يمكننا أن نقسم المبحث إلى نقطتين رئيسيتين . نبحث فى الأولى أثر تخلف الشروط السابقة من حيث الاختصاص القضائى . ونبحث فى الثانية هذا الأثر من حيث الاختصاص التشريعى .

٧١ — أولا — من حيث الاختصاص القضائى : لقد كان الوضع فيما مضى يختلف عنه فى الوقت الحاضر ، إذ كانت هناك المحاكم الشرعية والمجالس الملية ، والمحاكم الشرعية لليهود ، على النحو الذى بيناه من قبل . وكان اختصاص

المجالس الملية والمحاكم الشرعية لليهود قاصراً ، كما قدمنا ، على حالة واحدة فقط ، هي حالة اتحاد الخصوم في الطائفة والملة في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية . وقد كانت تلك الجهات القضائية تطبق شرائعها الطائفية كقاعدة عامة ، للارتباط بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي . كما كانت المحاكم الشرعية تختص بكل منازعات الأحوال الشخصية سواء بالنسبة للمسلمين أم بالنسبة لغير المسلمين في كل حالة لا تتوافر فيها الشروط اللازمة لاختصاص الجهات الملية .

ولقد كان قيام جهات قضاء متعددة في مسائل الأحوال الشخصية مثاراً للمنازعات ، وغالباً ما كانت تلك الجهات تصدر أحكاما متناقضة في النزاع الواحد ، مما كان يتعذر معه تنفيذها ، ومما أدى إلى تدخل المشرع بتنظيم هذا الموضوع في المادة ١٩ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ المعدلة بالقانون رقم ٤٠٠ لسنة ١٩٥٣ ، لعرض الأمر على الجمعية العمومية لمحكمة النقض للفصل في أى الأحكام يجب تنفيذه[1] .

---

(١) تنص المادة ١٩ معدلة بالقانون رقم ٤٠٠ لسنة ١٩٥٣ على أنه : .

« إذا رفعت دعوى عن موضوع واحد أمام إحدى المحاكم وأمام محكمة القضاء الإدارى أو إحدى محاكم الأحوال الشخصية أو المجالس الملية ، ولم تتخل إحداها عن نظرها ، أو تخلت كلتاهما عنها ، يرفع طلب تعيين المحكمة التى تفصل فيها إلى محكمة النقض منعقدة بهيئة جمعية عمومية يحضرها على الأقل أحد عشر مستشاراً من مستشاريها .

وتختص هذه المحكمة كذلك بالفصل في النزاع الذى يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من إحدى المحاكم والاخر من محكمة القضاء الادارى أو إحدى محاكم الأحوال الشخصية أو المجالس الملية أو صادر كل منهما من إحدى محاكم الأحوال الشخصية أو المجالس الملية » . وانظر كذلك المادتين ١٦ و ٢١ من قانون السلطة القضائية الصادر في ٢١ فبراير ١٩٥٩ (الجريدة الرسمية عدد ٣٢ مكرر ب غير اعتيادى في ٢١ فبراير ١٩٥٩) .

إلا أن القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد ألغى جهات القضاء فى مسائل الاحوال الشخصية ، ولذلك لم يعد هناك مجال لبحث ما كان يترتب على تعدد جهات القضاء من نتائج ، وقد أصبحت المحاكم العادية تختص بالنظر فى جميع مسائل الأحوال الشخصية بموجب المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ المعدلة بالقانون ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ والتى أصبحت بعد تعديلها تنص على أن « تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات وفى المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والوقف والولاية عليه ، وجميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص »[1] . واختصاص المحاكم العادية فى مسائل الاحوال الشخصية أصبح يشمل المصريين جميعا من مسلمين وغير مسلمين كما يشمل الأجانب ، وبذلك زالت أهمية تحديد الاختصاص فى مسائل الأحوال الشخصية .

ولكن القانون ٤٦٢ نص فى المادة الرابعة على أن « تشكل بالمحاكم الوطنية دوائر جزئية وابتدائية واستئنافية وفقا لما هو منصوص عليه فى قانون نظام القضاء ، لنظر قضايا الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية » . كما نصت على أن « تصدر الأحكام من محكمة النقض فى القضايا المذكورة من دائرة الأحوال الشخصية ، ويلحق رئيس المحكمة العليا الشرعية عضواً بها » .

وعلى أثر نقل الاختصاص فى مسائل الأحوال الشخصية إلى المحاكم العادية ، قامت المحاكم بتشكيل دوائر للنظر فى منازعات الأحوال الشخصية ، ومن هذه

---

(١) أنظر المادة ١٣ من قانون نظام السلطة القضائية فى ٢١ فبراير ١٩٥٩ ، وهى تنص على أنه : « تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات وفى جميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص » .

الدوائر ماهو خاص بالمسلمين ومنها ما هو خاص بغير المسلمين ، هذا إلى جانب دوائر أخرى خاصة بنظر الأحوال الشخصية للأجانب .

وهنا يثور البحث بالنسبة لتشكيل هذه الدوائر ، هل هذا التشكيل لا يعدو أن يكون مجرد تقسيم إدارى تقوم به الجمعية العمومية لكل محكمة ، ومعنى ذلك أنه لا يترتب عليه حرمان الدوائر المختلفة من النظر فى مسائل أخرى غير المسائل التى تعطى لها للفصل فيها بصفة أساسية ، وبالتالى لايجوز الدفع أمامها بعدم الإختصاص ، أم أن هذا التشكيل يترتب عليه ألا تختص هذه الدوائر إلا بنظر المنازعات الخاصة بالأحوال الشخصية والتى تعطى لها بصفة أساسية ، ومعنى ذلك أنها لا تختص بالنظر فى غير تلك المنازعات ، وبالتالى يمكن الدفع أمامها بعدم الاختصاص بالنسبة لما يعرض عليها من منازعات تخرج عن المسائل التى تختص بها بصفة أساسية . ولكى نحدد ما نحن بصدده ، يمكننا أن نقول إن هناك دوائر للفصل فى منازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين ودوائر أخرى خاصة بالفصل فى الأحوال الشخصية للمسلمين أو لغير المسلمين من مختلفى الطائفة والملة ؛ والأولى تطبق الشرائع الطائفية ، والثانية تطبق الشريعة الإسلامية . فما مدى اختصاص دائرة الأحوال الشخصية لغير المسلمين بنظر النزاع الخاص بغير المسلمين . هل تنظر هذا النزاع إذا توافرت الشروط المؤدية إلى تطبيق شريعة غير المسلمين فقط ؟ أم أنها تنظره حتى ولو لم تتوافر هـذه الشروط وبالتالى تطبق الشريعة الاسلامية ؟ وهل يمكن أن يدفع أمامها فى هذه الحالة الأخيرة بعدم الاختصاص ؟ هذا ما أثار الخلاف وانقسمت فى شأنه أحكام القضاء بعد صدور القانون ٤٦٢ ونقل الاختصاص بمسائل الأحوال الشخصية إلى المحاكم العادية .

١ — ففى اتجاه أول قيل إن اختصاص دوائر الأحوال الشخصية لغير المسلمين

قاصر على تطبيق شريعة غير المسلمين . وتبعا لذلك إذا ماعرض على دائرة من هذه الدوائر نزاع بين خصوم مختلفين فى الطائفة والملة ، أو لم تتوافر شروط تطبيق شريعتهم الطائفية ، فان دائرة الأحوال الشخصية ، وقد نيط بها تطبيق شريعتهم ، لا تكون مختصة بالفصل فى النزاع فى هذه الحالة ، لأنها لن تطبق شريعتهم ، بل سيتعين عليها تطبيق الشريعة الإسلامية ، وهذا أمر خارج عن اختصاصها ، وبالتالى فإنه يمكن الدفع أمام تلك الدائرة بعدم الاختصاص . بل إن الدفع بعدم الاختصاص يعتبر من النظام العام ويكون للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . وسند هذا الاتجاه أنه وإن كان إلغاء المحاكم الشرعية والملية قد ترتب عليه توحيد جهات القضاء وتركيزها فى المحاكم العادية ، إلا أن هذا التوحيد لايمنع من أن توجد فى المحاكم دوائر تختص كل منها بنوع من القضايا ، ويقتصر عليها وحدها دون غيرها ، كما أنها لاتختص إلا بهذا النوع من المنازعات .

وقد اتجهت بعض أحكام المحاكم إلى هذا الرأى ، فقضت بعدم اختصاصها لخروج الزوج عن الدين المسيحى وبالتالى لاختلاف ملة الخصوم . وقد جاء فى حكم لإحدى المحاكم ما يأتى : « إن هذه المحكمة بحكم تكوينها ، باعتبارها محكمة الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، ليس لها الولاية قانونا فى تطبيق ما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية [1] ، وأن اختصاصها قاصر على إصدار أحكامها فى نطاق النظام العام طبقا لشريعة غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية منظمة وقت صدور هذا القانون ، وذلك عملا بنص المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وحيث إنه متى كان ذلك

---

(١) إذ كان من المفروض فى هذه الحالة أن تطبق المحكمة الشريعة الاسلامية على الخصوم لاختلافهم فى الطائفة والملة .

فتكون هذه المحكمة غير مختصة نوعيا بنظر هذه الدعوى ، وذلك عملا بنص المادة ٧ من قانون الأحوال الشخصية . وحيث أن اختصاص المحكمة بسبب نوع القضية هو من النظام العام ، وعلى المحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ، ومن ثم يتعين الحكم بعدم اختصاص المحكمة بنظر هذه الدعوى عملا بالمادة ١٣٤ من قانون المرافعات وإحالتها إلى الدائرة المختصة بنظر الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين ، وذلك عملا بالمادة ١٣٥ مرافعات »[١].

هذا هو الاتجاه الأول ، ومنه يتبين لنا أن المحاكم تقضى بعدم الاختصاص كلما تطلب الأمر تطبيق شريعة غير التى يتعين عليها تطبيقها ، باعتبارها تفصل بين غير المسلمين المتحدين فى الطائفة والملة طبقا لشريعتهم . ولكن يبدو أن هذا الاتجاه ليس هو الاتجاه السائد ، ولا يلقى تأييد الفقه .

٢ — أما الاتجاه الثانى فهو ، كما يبدو ، يعتبر الاتجاه الغالب فى هذا الصدد .

---

(١) حكم بتاريخ ١٩٥٦/٦/١٢ قضية رقم ١١٠ لسنة ١٩٥٦ كلى شبين الكوم ، مذكور فى إيهاب اسماعيل ، ص ٨٠ .

وقد اتجهت بعض أحكام أخرى هذه الوجهة ، حيث قضى بأنه إذا غير أحد الخصوم ديانته إلى الاسلام أثناء سير الدعوى ، فان الدعوى تحال إلى دائرة الأحوال الشخصية للمسلمين ، وكانت الدعوى قد رفعت أمام دائرة الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، فلما غير الزوج ديانته إلى الاسلام رأت المحكمة أن الأحكام المقررة بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية هى الواجبة التطبيق عملا بالمادة ٦ من القانون ٤٦٢ ، ولذلك قررت إحالة الدعوى إلى دائرة الأحوال الشخصية للمسلمين للفصل فيها .

(محكمة الجيزة الابتدائية للأحوال الشخصية لغير المسلمين فى ١٩٥٧/١٢/١٠ ، القضية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٥٧ كلى غير مسلمين (غير منشور) ، وانظر كذلك حكما آخر من محكمة دمنهور الابتدائية فى القضية رقم ١ لسنة ١٩٥٦ جلسة ١٩٥٦/٤/١٥ مذكور فى المرجع لصالح حنفى جزء ١ ص ٣١٧ — ٣١٨ . وكذلك الاسكندرية الابتدائية قضية رقم ١٩٤ س ١٩٥٦ كلى أورده صالح حنفى جزء ٢ رقم ٤٧ ص ٥٩ ، وأورده خفاجى ورابح السابق ص ٢٣٧ رقم ٩ . وقد جاء فى هذا الحكم « إن اختصاص هذه الدوائر محدود بما كان للمحاكم الشرعية من اختصاص . وليس لها أن تتعداه ، وإلا كان حكمها فاقد الحجية لصدوره من جهة لا ولاية لها .. » .

وطبقا لهـذا الاتجاه الثانى ، لا تقضى المحاكم بعدم الاختصاص ، لأن توزيع الاختصاص على دوائر الأحوال الشخصية إنما هو عمل إدارى يتم بمقتضى قرار الجمعية العمومية لـكل محـكمة ، فتخصص دائرة للفصل فى الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، ودائرة للفصل فى الأحوال الشخصية للمسلمين . وإذا كانت الدوائر الخاصة بغير المسلمين تطبق فى الأصل شريعة غير المسلمين المتحدين فى الطائفة والملة ، فانه لايوجد ما يمنع من تطبيق الشريعة الإسلامية إذا اختلف الخصوم من حيث الطائفـة والملة ، أو بصفة عامة إذا لم تتوافر الشروط اللازمة لتطبيق شريعة غير المسلمين . ولا ينبغى أن تسلب ولاية اختصاص دائرة الأحوال الشخصية لغير المسلمين لمجرد عدم توافر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين ؛ وذلك لأن التوزيع ليس إلا توزيعا إداريا لم يقصد به سوى التخصص فى نوع معين من القضـايا ، كما هو الحال بالنسبة للدوائر التجارية فى المحاكم ؛ ولم يقصد به قصر الاختصاص على قضاة معينين على نوع معين من القضايا ، وبالتالى فإن هذا التوزيع لايتعارض مع اختصاص هذه الدوائر بنظر دعاوى أخرى طالما أنها تدخل فى نطاق اختصاصها النوعى والمحلى [1] .

وقد اتجهت أحكام كثيرة إلى هذه الوجهة الثانية ؛ ومن هذا ما قضت به دائرة الأحوال الشخصية لغير المسلمين بمحكمة الاسكندرية الابتدائية فى أكثر من حكم لها ، من أن « قرار الجمعية العمومية الذى ناط بهذه الدائرة نظر مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين وترك لدوائر أخرى المسائل الشرعية ، لا يسلب ولاية هذه الدائرة بنظر الدعوى وتطبيق قواعد الشريعة الاسلامية باعتبار أن هذا مجرد توزيع داخلى للعمل ، خاصة وأن الطرفين ارتضيا هذا الاختصاص » [2] .

---

(١) انظر كذلك : إهاب اسماعيل ٢ ص ٨٢ — ٨٣ .

(٢) الاسكندرية الابتدائية ؛ لغير المسلمين . فى ٢٩ يناير ١٩٥٧ قضية رقم ٤٦ لسنة ١٩٥٦ (غير منشور) ، وقد أورده كذلك صالح حنفى جزء ٢ رقم ٥٢٩ ص ٤٠٢ .

كما قضت أيضاً بأنه «لا يحول تخصيص دائرة بمحكمة الاسكندرية لنظر المسائل الشرعية دون اختصاص هذه الدائرة بنظر الدعوى وتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية، باعتبار أن هذا توزيع داخلى للعمل[1]» .

وفى حكم آخر صادر من محكمة جزئية جاء : «إن المحاكم الوطنية أصبحت هى المختصة بجميع مسائل الأحوال الشخصية للمصريين مهما كان دينهم أوملتهم. غاية الأمر أن ضرورات العمل اقتضت إدارياً توزيع العمل بموجب قرارات من الجمعيات العمومية للمحاكم، فأنشئت عدة محاكم جزئية وابتدائية واستئنافية ساهمت كل بنصيب من العمل. وكانت هذه المحكمة من بين المحاكم الجزئية المنشأة. وتحدد اختصاصها بموجب قرار الجمعية العمومية لقضاة محكمة الاسكندرية المنعقدة فى ١٩٥٥/١٢/٢١ بنظر قضايا الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، دون تفرقة أو تمييز بين ما إذا كان الخصوم قد اتحدوا ملة أو اختلفوا فيها . ولم ينل من هذا الاختصاص أى تعديل فى الجمعيات العمومية التالية ... ولا محل لاقحام المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فى هذا الشأن لأنها لم تتحدث مطلقا عن تحديد اختصاص المحاكم، وإنما تتعرض بتبيان القانون الموضوعى الواجب التطبيق على المنازعات فحسب»[2].

والواقع أنه لايمكن الاستناد فى توزيع الاختصاص بين دوائر الأحوال الشخصية وقصر اختصاص كل منها على نوع معين من القضايا إلى ماجاء فى المادة ٦

---

(١) نفس الدائرة السابقة فى ٢٦ فبراير ١٩٥٧ قضية رقم ٥ لسنة ١٩٥٧ كلى غير مسلمين (غير منشور) . وكذلك حكمها فى ٥٧/١١/٢٦ قضية رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٧ صالح حنفى رقم ٤٢ ص ٤٧ جزء ٢ .

(٢) اسكندرية الجزئية لغير المسلمين، فى ١٩٥٦/٩/١٠ قضية رقم ٩٣ لسنة ١٩٥٦ (غير منشور) . وكذلك المحكمة نفسها فى ٥٦/٤/١٦ رقم ٣٢ س ١٩٥٦ فى صالح حنفى ٢ رقم ٢/٧١٣ ص ٥٣٥ .

من القانون ٤٦٢ ، ذلك لأن المادة السادسة تكلمت ، كما هو واضح فى فقرتها الأولى ، عن تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية — طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية — على منازعات الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية قبل إلغائها ؛ فهى تتكلم فقط عن الأحكام الواجبة التطبيق، ولاشأن لها بتوزيع الاختصاص . وهذا ما هو مفهوم أيضا من الفقرة الثانية من نفس المادة فى شأن تطبيق شريعة غير المسلمين إذا توافرت الشروط المنصوص عليها .

وهناك أحكام أخرى صادرة من محكمة القاهرة الكلية تؤيد هذا الإتجاه[1].

ونحن نعتقد من جانبنا أن الاتجاه الثانى هو الاتجاه السليم ، ذلك لأن توزيع العمل ، كما قدمنا ، بين دوائر الأحوال الشخصية ، إنما هو عمل إدارى

---

(١) من ذلك ما قررته إحدى الدوائر : « ومن حيث إن الدفع بعدم الاختصاص أصبح غير ذى موضوع بعد صدور قانون توحيد القضاء ، وأن ترتيب العمل فى الدوائر هو عمل إدارى لا يرفع ولاية المحكمة عن النظر فى أى قضية من قضايا الأحوال الشخصية التى ترفع إليها ولم تشأ التخلى عنها ، وكل ما يرتبه القانون فى هذه الحالة أن الدائرة تطبق القانون على الطرفين حسبما يقتضيه الفصل فيها ديانة » .

(الدائرة ٢٤ بمحكمة القاهرة الكلية فى ١٩٥٦/٥/٢٧ القضية رقم ٥٤٣ لسنة ١٩٥٦ كلى القاهرة ، مشار إليه فى إهاب اسماعيل ص ٨٣) . وقد أشار أيضا الى حكم آخر من دائرة أخرى (أنظر ص ٨١ — ٨٣) ، بتاريخ ١٩٥٦/١٠/٢ فى القضية رقم ١٥٩٦ لسنة ١٩٥٦ كلى القاهرة ، وقد جاء فى هذا الحكم الأخير ما يلى : « نصت المادة السادسة على أنه بالنسبة لمنازعات الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ، فتصدر الأحكام طبقا لشريعتهم . ولم يشر القانون إلى إنشاء دوائر خاصة بغير المسلمين ، كل ما فى الأمر أنه أشير فى المادة السادسة إلى أن القانون الواجب التطبيق هو لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . ولكن لا إلزام فى الدائرة التى تطبق هذه الشريعة طالما أنها على الأقل من الدوائر المختصة نوعيا ومحليا بمسائل الأحوال الشخصية على العموم . ومن ثم فان الدفع بعدم الاختصاص أصبح غير ذى موضوع ويتعين رفضه » .

وانظر للمحكمة نفسها حكما فى ١٩٥٧/١٠/٢٧ رقم ٢٧٨ س ١٩٥٧ المحاماة ٣٨ رقم ١٧٠ ص ٣٨٣ أورده خفاجى ورابح ص ٢٣٧ رقم ٦

قصد به فقط إيجاد قضاة متخصصين فى مسائل الأحوال الشخصية . ولا يعنى التوزيع الذى نص عليه المشرع فى المادة الرابعة من القانون ٤٦٢ قصر النظر فى مسائل الأحوال الشخصية على قضاة معينين ، كما لا يقصد منه أن تكون هناك دوائر خاصة يقتصر اختصاصها على النظر فيما كان من اختصاص المحاكم الشرعية ، ودوائر أخرى يقتصر اختصاصها على النظر فيما كان من اختصاص المجالس الملية . لم يقصد المشرع هذا ، وإلا انهارت غاية من الغايات الأساسية التى أراد المشرع تحقيقها باصدار القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

ولعل ما حدا بالمشرع إلى النص فى المادة الرابعة على تشكيل دوائر لنظر قضايا الأحوال الشخصية هو رغبته فى الافادة من خبرة نوع معين من القضاة هم القضاة الشرعيون فى الدوائر التى تنشأ للفصل فيما كانت تفصل فيه المحاكم الشرعية قبل إلغائها . ولولا وجود رجال القضاء الشرعى ، وضرورة توزيعهم على المحاكم للافادة من خبرتهم لما كان المشرع بحاجة إلى النص على تشكيل تلك الدوائر ، ولترك الأمر للقواعد العامة فى قانون نظام القضاء والتى من مقتضاها تكوين دوائر خاصة لنظر نوع معين من المنازعات، وهذا يتم كتنظيم إدارى داخلى فى المحاكم المختلفة[1] .

ومن ذلك فان توزيع الاختصاص بين دوائر الاحوال الشخصية لا يتعلق بالنظام العام . وهذا أمر مسلم به من الفقه ، على الاقل إذا كان جميع أعضاء دائرة الاحوال الشخصية من رجال القضاء العادى ، أى ليس بينهم أحد القضاة الشرعيين واستوفت الدوائر تشكيلها القانونى[2] . وعلى أية حال . فلا خلاف

(١) أحمد أبو الوفا ، المرافعات ، طبعة ٤ (سنة ١٩٥٦) فقرة ٢١٥ م ص ٢٥١ .
(٢) أما فى حالة ما إذا كان يدخل فى تشكيل المحكمة قاض أو أكثر من رجال القضاء=

فى أنه إذا كان النزاع أمام دائرة من دوائر الاحوال الشخصية لغير المسلمين ، لا يمكن الدفع أمامها بعدم الاختصاص ، بل إن هـذه الدوائر تختص ، حتى ولو لم تتوافر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين ، وكان على المحكمة أن تطبق الشريعة الاسلامية ، ويكون للمحكمة فى هذه الحالة الفصل فى النزاع مع تطبيق الشريعة الاسلامية حسب ما جاء فى الفقرة الاولى من المادة السادسة من القانون ٤٦٢ . وتبعا لذلك يكون لدائرة الاحوال الشخصية أن تفصل فى مسألة مدنية متفرعة عن النزاع المطروح أمامها ، كما يصح فى الحالة العكسية لدائرة من الدوائر المدنية فى المحكمة أن تفصل فى نزاع خاص بالاحوال الشخصية متفرع عن الدعوى المدنية المطروحة أمام المحكمة ، مع مراعاة قواعد الاختصاص النوعى بطبيعة الحال[1].

٧١ مكرر ـ تأييد محكمة النقض للاتجاه الثانى ـ (الاختصاص ينعقد للمحكمة لا لدائرة من دوائرها) : هذا وقد أخذت محكمة النقض بالاتجاه الثانى ، فأقرت صراحة بأن الاختصاص ينعقد للمحكمة ، لا لدائرة من دوائرها لان توزيع العمل بين دوائر المحكمة ترتيب إدارى داخلى لايعتبر من نظام القضاء

= الشرعى ، فان البعض يرى أن الدائرة فى هذه الحالة لا تملك الفصل إلا فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية قبل إلغائها ، وهذه القاعدة كما يقولون ، تعتبر من النظام العام ومن ثم يجوز الدفع بعدم الاختصاص النوعى ، وعلى الدائرة أن تقضى بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها ، كما أنه لا يجوز لها أن تفصل فى مسألة مدنية متفرعة عن المنازعة الخاصة بالأحوال الشخصية المعروضة أمامها .

أنظر فى هذا وفى تأييده : أحمد أبو الوفا ، السابق ، فقرة ٢١٥ م.

(١) أنظر تفصيلا لذلك فى : أحمد أبو الوفا ، السابق ، فقرات ٢١٧ إلى ٢١٩ ص ٢٥٥ وما بعدها .

وقارن مع ذلك حكم محكمة الاسكندرية الجزئية للأحوال الشخصية لغير المسلمين فى القضية رقم ٥٨ سنة ١٩٥٧ فى ٣٠ مايو سنة ١٩٥٧ ـ (غير منشور) وكذلك نفس المحكمة فى القضية رقم ٤٢ لسنة ١٩٥٨ فى ٢٨/٤/١٩٥٨ (غير منشور).

وعلى ذلك فانه سواء انتهى الرأى إلى أن أحكام شريعة الطرفين هي التى تطبق على الدعوى أو أن المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية هى التى تطبق ، فان ذلك لا يغير شيئاً من بقاء الاختصاص معقوداً للمحكمة . أما أن هناك دوائر مخصصة لنظر هذه الطائفة من القضايا ودوائر مخصصة لنظر طائفة أخرى ، وأن الدعوى تدخل فى هذه الطائفة أو تلك ، فان ذلك لا يتعلق به الاختصاص ، ولا يترتب عليه أن يقضى بعدم الاختصاص أو بالاختصاص[1] .

وفى حكم آخر للمحكمة نفسها[2] أقرت هذا المبدأ كذلك ، وأن تشكيل الدوائر الخاصة بالأحوال الشخصية يدخل فى نطاق التنظيم الداخلى لكل محكمة ، مما تختص به الجمعية العمومية بكل منها ، ولا يتعلق ذلك بالاختصاص النوعى للمحاكم . وبناء على ذلك قضت المحكمة بأنه إذا كانت الدعوى قد رفعت إلى دائرة الأحوال الشخصية بالمحكمة الابتدائية لاختصاصها بها وفقاً لقواعد التنظيم الداخلى لدوائر المحكمة ، ثم دفع بعدم سماع هذه الدعوى لسبق الصلح بين الطرفين فى ذات النزاع ، فانه ، أياً كانت طبيعة الدفع ، ولو لم يكن متعلقاً بالأحوال الشخصية أو الوقف ، بأن مس الصلح المدعى به بين المصالح المالية للطرفين ، فان ذلك لا يغير اختصاص المحكمة بالفصل فى الدعوى والدفع المقدم فيها .

ومن ذلك يتبين أن المحكمة أقرت بأن الاختصاص أمام دوائر الأحوال الشخصية لا يتعلق بالنظام العام . وأنه يصح لدائرة الأحوال الشخصية أن تفصل فى مسألة مدنية متصلة بدعوى الأحوال الشخصية على نحو ما قدمنا .

---

(١) نقض فى ٣٠ مارس ١٩٦١ طعن ٣٦ س ٢٨ ق « أحوال شخصية » . مجموعة المكتب الفنى س ١٢ عدد ١ رقم ٤٤ ص ٣١٢ .

(٢) حكم النقض فى ٢٧ أبريل ١٩٦١ طعن رقم ٢٦ س ٨ ، مجموعة المكتب الفنى س ١٢ عدد ٢ رقم ٦٢ ص ٤٢٨

٧٢ — ثانياً — من حيث الاختصاص التشريعي — تمهيد : لا جدال فى أنه إذا لم تتوافر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين التى نص عليها المشرع فى المادة ٦/٢ من القانون ٤٦٢ ، فانه يتعين تطبيق الشريعة العامة ، وهى الشريعة الاسلامية ، على النحو ما جاءت به الفقرة الأولى من هذه المادة . وبذلك تصدر الأحكام طبقاً لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . ومعنى ذلك أن تصدر الأحكام طبقاً لما هو مدون فى تلك اللائحة ، وطبقاً لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، ما عدا الأحوال التى كان قانون المحاكم الشرعية ينص فيها على قواعد خاصة ، فيجب أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد . أى أنه إذا كانت هناك قواعد تشريعية فانها تطبق أولا ، سواء وردت هذه القواعد فى تشريع خاص مثل المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المنظم لبعض مسائل الأحوال الشخصية وكذلك المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، أم كانت هذه القاعدة ضمن النصوص التى لم تلغ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ . فاذا لم تكن هناك قاعدة تشريعية ، فانه يعمل بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، وذلك طبقاً لما نصت عليه المادة ٢٨٠ سالفة الذكر .

وإذا كان من المسلم به تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية على هذا النحو ، فاننا نتساءل ، عن أى القواعد ينبغى تطبيقها فى هذه الشريعة ، ومعلوم أن الشريعة الاسلامية تحتوى على قواعد موضوعية تطبق على المسلمين كما تحتوى على قواعد أخرى خاصة بغير المسلمين ، أى بأهل الذمة . وهذه القواعد الأخيرة الخاصة بأهل الذمة ليست قواعد موضوعية ، وإنما هى — كما قيل — قواعد اسناد تقضى فى جملتها بتركهم وما يدينون به فى مسائل أحوالهم الشخصية . بمعنى أنه فى مسائل الأحوال الشخصية تطبق أحكام دياناتهم ، حتى ولو كانت هذه الأحكام مغايرة

لما جاءت به الشريعة الاسلامية . فأى النوعين من القواعد الواردة فى الشريعة الاسلامية ينبغى تطبيقه فى هذا الصدد ؟ هل نطبق القواعد الموضوعية التى تطبق على علاقات المسلمين والتى أشارت إليها المادة ٢٨٠ على ما سبق ، أم نطبق القواعد التى تقضى بتركهم وما يدينون به وبالتالى نطبق عليهم أحكام شرائعهم؟

٧٢ مكرر — الخلاف حول القواعد الواجبة التطبيق من الشريعة الاسلامية :

ثار الخلاف حول هذا الموضوع ، ورأى البعض أن المقصود هنا هو تطبيق النوع الثانى من القواعد التى تنظمها الشريعة الاسلامية ، بناء على القاعدة العامة الواردة فيها والتى تقضى بتركهم وما يدينون به ، وتركهم وما يدينون به يؤدى إلى تطبيق أحكام شرائعهم التى نظمتها الشريعة الاسلامية على ضوء هذه القاعدة . فقيل إن الشريعة الاسلامية لم تفرق فى الأحكام الخاصة بزواج الذميين وطلاقهم بين ما إذا كانوا متحدين ديانة ومذهبا أو لا ، ولم ترتب على اختلافهم فى المذهب أو الديانة نتيجة ما ... وإن الفقه الاسلامى يرى فى الزواج وما يتعلق به ، ترك الذميين وما يدينون به ، وإن ذلك ليس من قبيل الاقرار بدياناتهم ، وإنما هو من باب الاعراض عنهم ، باعتبار أنهم إذا كانوا غير مخاطبين بأحكام الشريعة ، فان دليل الشرع يقصر عنهم فيما يتعلق بعقيدتهم .

ويضيف القائلون بهذا الرأى أن الأحكام السالفة الذكر هى الواجبة التطبيق فى الوضع الحالى للتشريع المصرى ، كلما كانت العلاقة بين ذميين مختلفين ديانة أو مذهباً ، وأن ذلك لا يتأثر بما قرره فقهاء الشريعة الاسلامية ، على خلاف بينهم ، من أن ترافع الزوجين الذميين إلى القاضى الشرعى يخضع العلاقة الزوجية بينهما للقواعد الشرعية التى يخضع لها المسلمون ، لأن جهات الأحوال الشخصية قد توحدت ، وصار اللجوء إليها أمراً لا خيار فيه للمتنازعين ، مما لا يمكن معه القول

بأن لجوء المتنازعين الذميين إلى القضاء يأخذ حكم الترافع إلى القضاء الذى عناه فقهاء الشريعة الاسلامية ورأوه موجباً لتطبيق القواعد الشرعية التى يخضع لها المسلمون .

وينتهى القائلون بالرأى الذى نحن بصدده إلى أن المشرع المصرى طبق قاعدة الفقه الاسلامى فى ترك الذميين وما يدينون فى شأن الطلاق فيما بينهم ، فنصت المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى فقرتها الأخيرة - وهى لا زالت قائمة حتى الآن بعد صدور القانون ٤٦٢ - نصت على أنه « لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » .

هذا هو ما قال به البعض من أنه يتعين تطبيق الأحكام الخاصة بغير المسلمين فيما بينهم ، حتى ولو اختلفوا من حيث الطائفة والمذهب ، تأسيساً على قاعدة تركهم ومايدينون به ، وخاصة أنه لم يعد هناك مجال للقول بأن ترافعهم إلى القضاء يتم باختيارهم بعد إلغاء جهات القضاء الطائفى ، وبالتالى فانه لا مجال للقول بتطبيق القواعد الموضوعية فى الشريعة الاسلامية عليهم ، لأن رضاهم باختيار جهة التقاضى ، وتبعاً لذلك رضاهم بتطبيق الشريعة الاسلامية ، لا يتوافر ، إذ لا خيار لهم [1] .

والواقع أنه لا يمكن التسليم بهذا الرأى ، وإنما ينبغى فى هذا الصدد أن تطبق القواعد الموضوعية فى الشريعة الاسلامية والتى تطبق على المسلمين . وهذا هو ما ينبغى الأخذ به لأنه يتفق مع ما قصده المشرع فى هذا الصدد ، كما أنه يتفق والقواعد القانونية العامة .

---

(١) أنظر حلمى بطرس ، السابق ، ص ٦٥ - ٦٩ . وأنظر كذلك فى هذا الصدد : بطرس كساب ، الرسالة السابقة ، فقرة ٥٥ إلى ٦٠ ص ٦٢ وما بعدها .

ولا جدال أولا فى أن منطق النصوص يؤدى إلى تطبيق القواعد الموضوعية فى الشريعة الاسلامية . فقد رأينا أن المادة ٦/٢ من القانون ٤٦٢ تستلزم توافر شروط معينة حتى تنطبق شريعة غير المسلمين ، ومعنى ذلك أنه إذا لم تتوافر تلك الشروط ، طبقت الشريعة العامة ، طبقا لما جاء فى الفقرة الأولى من المادة نفسها . وهذا هو ما يتضح أيضاً فى حالة تخلف شرط اتحاد الطائفة والملة باعتناق الاسلام ، طبقاً لما نصت عليه المادة السابعة من نفس القانون . وإذا كان المشرع يرمى إلى تطبيق الشريعة الاسلامية ، فهو يقصد ، كما يبين من الظروف ، تطبيق القواعد الخاصة بالمسلمين ، والتى كانت تطبقها المحاكم الشرعية .

ويترتب على الأخذ بالرأى الذى نحن بصدده اتهام المشرع بوضع نصوص لا جدوى من ورائها ، أى وضعها عبثاً . ذلك أنه قد استلزم لتطبيق شريعة غير المسلمين توافر شروط معينة نص عليها فى المادة ٦/٢ ، وواضح كما قدمنا أن تخلف هذه الشروط يترتب عليه تطبيق الشريعة الاسلامية . فاذا قلنا إن المقصود بالشريعة الاسلامية هو ما جاء من قواعد خاصة بغير المسلمين ، لما كانت هناك حاجة لاستلزام اتحادهم فى الطائفة والملة حتى تنطبق أحكام شريعتهم . طالما أن شريعتهم ستطبق فى كل الحالات ، حتى ولو اختلفوا فى الطائفة والملة ، لأن اختلافهم فى الطائفة والملة سيترتب عليه تطبيق الشريعة الاسلامية ، والشريعة الاسلامية تحيل بدورها إلى أحكام شريعتهم على أساس تركهم وما يدينون به . فالمنطق كان يقتضى ألا ينص على شرط اتحاد الطائفة والملة ، لأن شريعتهم ستطبق فى كل الحالات . وهذا ما لا يمكن أن يكون قد اتجه إليه قصد المشرع[1]

---

(١) وانظر فى هذا المعنى جميل الشرقاوى ، السابق ، ص ٢٤ ، حيث يقول إنه لا يتصور أن يكون تطبيق الشريعة الاسلامية فى حالة وجود مانع من تطبيق الشريعة الدينية لغير المسلمين ،=

ومن جهه أخرى ماذا يكون الحكم لو خالفت القواعد التى جاءت بها أحكام شريعتهم النظام العام ؟ إن منطق الرأى الذى نحن بصدده يؤدى بنا إلى نتيجة غريبة . ذلك أنه يرى عدم تطبيق القواعد الموضوعية فى الشريعة الاسلامية ؛ فاذا ما طبقت قواعد الاسناد الدينى بتركهم وما يدينون به لأدى ذلك إلى تطبيق أحكام شريعتهم ، وإذا ما كانت أحكام شريعتهم تتعارض مع النظام العام ، فانها لن تطبق . ومعنى هذا أنه قد توجد حالات لا تخضع لشريعة ما ، وهذه نتيجة غير مقبولة .

وبالإضافة إلى ما سبق ، ينبغى أن يراعى ما تقضى به القواعد العامة فى هذا الصدد . ذلك أن إحالة المشرع إلى تطبيق الشريعة الاسلامية عندما لا تتوافر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين لا يقصد به إلا الاحالة إلى القواعد الموضوعية فى الشريعة الاسلامية ، دون قواعد الاسناد . وهذه القاعدة مسلم بها فى نطاق تنازع القوانين بالنسبة للإحالة إلى القوانين الأجنبية ، وقد نصت عليها المادة ٢٧ من القانون المدنى المصرى بقولها : « إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب

= يقصد به تطبيق قواعد الاسناد فى الشريعة الاسلامية التى تقضى بترك غير المسلمين وما يدينون فى تنظيم أحوالهم الشخصية ، لأن هذا « لن يعنى أكثر من الإحالة مرة ثانية إلى القانون الدينى لغير المسلمين ، وتكون إحالة المشرع حكم النزاع إلى الشريعة الاسلامية منذ البداية ، عبثا فى عبث » .

وأنظر حكما لمحكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٧/٤/١٤ رقم ١٣١٨ س ٥٦ كلى (صالح حنفى ٢ رقم ٢٥١ ص٢١٢) وقد جاء به إن الأخذ بقاعدة ترك الذميين وما يدينون « يؤدى إلى تطبيق شريعة غير المسلمين حتى ولو اختلفوا فى الطائفة والملة ، وهو ما لم يقصد إليه المشرع ، إذ إرادة المشرع فى المادة ٦ من قانون توحيد القضاء ظاهرة فى أنه أراد المغايرة فى الحكم بين غير المسلمين إذا اتحدوا فى الطائفة والملة ، وبينهم إذا اختلفوا فى ذلك ، فأوجب فى الحالة الأولى تطبيق شريعتهم وفى الثانية تطبيق الشريعة الاسلامية . كما أنه لا محل للتأويل فى موضع صراحة النص » .

التطبيق ، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية ، دون التى تتعلق بالقانون الدولى الخاص » . ومعنى هذا أن الاحالة إلى قانون من القوانين تعنى الاحالة إلى قواعده الموضوعية دون قواعد الاسناد ، ولا يوجد ما يدل على أن المشرع قصد الخروج على هذا المبدأ فى إحالته إلى الشريعة الاسلامية ، وخصوصاً أنه وضع القواعد التى جاء بها القانون ٤٦٢ فى ظل هذا المبدأ الذى نص عليه فى القانون المدنى[1] . وعلى ذلك فان الاحالة إلى الشريعة الاسلامية لا يقصد منها إلا تطبيق القواعد الموضوعية فى هذه الشريعة ، وهى القواعد التى تطبق بالنسبة للمسلمين ، دون قواعد الاسناد التى تقضى بتركهم وما يدينون .

وينبغى علينا كذلك فى صدد الرد على الرأى الذى نحن بصدده أن نشير إلى حقيقة الوضع وما كان عليه العمل قبل إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية . فقد رأينا أن المجالس الطائفية لم تكن تختص إلا على سبيل الاستثناء بالفصل بين تابعيها فى مسائل الأحوال الشخصية ، متى اتحدو فى الطائفة والمذهب . فشرط اختصاصها كان معقوداً باتحادهم فى الطائفة والملة ، على النحو الذى بيناه من قبل. وفيما عدا ذلك كانت المحاكم الشرعية هى صاحبة الاختصاص العام ، فكانت تختص حتى ولو اتحد الخصوم فى الديانة طالما كانوا مختلفين فى الطائفة أو الملة ، وتبعاً لاختصاصها ، كانت تطبق بالنسبة لهم أحكام الشريعة الاسلامية ، كما كانت تحكم بوقوع الطلاق بينهم على أساس أنها تطبق الشريعة الاسلامية ، وهذا ما حدا بالمشرع إلى التدخل بالنص فى الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه « لا تسمع دعوى الطلاق من أحد

(١) جميل الشرقاوى ، السابق ص ٢٥ .

الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » . ذلك أنه تبين للمشرع أن فى تطبيق القواعد الخاصة بالمسلمين فى هذا الصدد حرج ومشقة على الطوائف التى لا تدين بحق الزوج فى إيقاع الطلاق . وقالت المذكرة الايضاحية فى شأن هذا النص ما يلى : « كانت المحاكم الشرعية عملا بالمادة ٢٨٠ تحكم بوقوع الطلاق غير المسلم على زوجته غير المسلمة فى الدعاوى المرفوعة من أحدهما على الآخر ، وكان فى ذلك حرج ومشقة بالنسبة للطوائف التى لا تدين بوقوع الطلاق لعدم استطاعة هذه المطلقة الزواج من آخر للتقاليد المتبعة فى ملتها ، فتبقى معلقة لا تتزوج ، وقد تحرم من النفقة فلا تجد من ينفق عليها . فرئى معالجة هذه الحالة عملا بمبدأ جواز تخصيص القضاء بالنص على عدم سماع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كان الزوجان يدينان بوقوع الطلاق » . هذا هو ما جاء فى شأن الفقرة الاخيرة من نص المادة ٩٩ السالف الذكر .

ومن ذلك يتبين لنا أن المحاكم الشرعية كانت تطبق القواعد الخاصة بالمسلمين فى الشريعة الاسلامية ، ومن بينها الحق فى إيقاع الطلاق ، ولولا ذلك ما تدخل المشرع بالنص على الحكم السابق فى المادة ٩٩ ؛ إن لتدخله فى هذا الصدد دلالته ؛ فهو يعنى أن المحاكم الشرعية كان لها حق القضاء بين الزوجين غير المسلمين فى مسائل الطلاق بموجب الشريعة الاسلامية ، وعلى وجه الدقة بموجب القواعد الخاصة بالمسلمين، فتدخل المشرع ليحد من هذا الموضوع بشأن حالة معينة ، هى حالة الطلاق ، عن طريق تقييد القاضى بمنعه من سماع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوعه . وهذا يعنى « أنه قبل النص كان من الممكن أن تطبق على طلاق غير المسلمين نفس

الأحكام التى تطبق على المسلمين»[١] .

نخلص مما سبق إلى أن قواعد الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق فى شأن غير المسلمين المختلفين فى الطائفة والملة ، أو الذين لا تتوافر شروط تطبيق شريعتهم بصفة عامة ، هى القواعد الموضوعية التى تطبق بالنسبة للمسلمين وهذا ما تمليه القواعد القانونية العامة ومفهوم النصوص التشريعية فى هذا الصدد .

يبقى لنا بعد هذا أن نبين موقف المحاكم من هذا الموضوع ، وخاصة فى ظل الوضع الجديد ، بعد إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية سنة ١٩٥٥ .

٧٣ – موقف المحاكم فى ظل القانون ٤٦٢ بالنسبة لمسألة الاختصاص التشريعى : يمكن القول إن القضاء يتجه فى هذا الصدد اتجاهين رئيسين .

(١) تطبيق القواعد الخاصة بغير المسلمين فى الشريعة الاسلامية : من الاحكام ما يتجه إلى تطبيق قواعد غير المسلمين التى جاءت بها الشريعة الإسلامية ، إذ قد فهم من إحالة المشرع إلى ما جاء فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الإحالة إلى القواعد الخاصة بغير المسلمين فى مذهب أبى حنيفة الذى تحيل إليه المادة ٢٨٠ . ومعنى ذلك أن هذا الفريق من الأحكام يذهب إلى ما ذهب إليه الرأى الذى عرضنا له فى البند السابق من أن المقصود بالشريعة الإسلامية التى تطبق على غير المسلمين ، هى الأحكام الخاصة

---

(١) جميل الشرقاوى ، ص ٢٦ وكذلك ص ٥٢ من طبعة ١٩٦٠/٩٥٩
هذا ويراعى أن ماقرره المشرع فى المادة ٩٩ بشأن طلاق غير المسلم لزوجته غير المسلمة، قد أخذت به أحكام قليلة صادرة من المحاكم الشرعية ، تحقيقاً لنفس الهدف الذى رأى المشرع تحقيقه فى النص السابق من حيث رفع الحرج والمشقة عن غير المسلمين فى صدد إيقاع الطلاق . أنظر حكم محكمة بنى سويف الشرعية فى طلاق الذمى لزوجته ، ١٦ نوفمبر ١٩٢٦ المحاماة الشرعية السنة الأولى ص ٣٠٣ ؛ ومحكمة قليوب فى ١٦ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة الشرعية السنة الأولى ص ٣٠ . وهذان الحكمان مذكوران فى بطرس كساب ، رسالته ، فقرة ٧٤ .

بالذميين لا بالمسلمين[1] .

وإذا كان لنا أن نعرض للأساس الذى قامت عليه تلك الأحكام لنرى إلى أى مدى أصابها التوفيق، فاننا نكتفى فى هذا الصدد بالإحالة إلى ما أوردناه فيما سبق رداً على الرأى القائل بالوجهة التى أخذت بها تلك الأحكام . ونضيف إلى ذلك ما قال به الفقه بالنسبة لتلك الأحكام من أن ما قضت به المحاكم فى هذا الصدد إنما « هو قضاء أقل ما يقال فيه إنه غير مفهوم ، ولا يتفق مع قصد المشرع إلى التماس وسائل توحيد القواعد المطبقة فى مسائل الأحوال الشخصية، فضلا عن أن صعوبات كثيرة تحوط التسليم به تتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق من بين قوانين المتنازعين الذين يختلفون طائفة أو ملة »[2] .

هذا عن الإتجاه الأول فى أحكام القضاء ، وهو كما رأينا إتجاه لا يقوم على أساس سليم .

(٢) تطبيق القواعد الموضوعية الخاصة بالمسلمين : أما عن الاتجاه الثانى فقد طبق القواعد الموضوعية فى الشريعة الاسلامية الخاصة بالمسلمين ، بل إن من بين تلك الأحكام ما يذهب فى هذا الاتجاه إلى مدى أبعد ، فيتوسع فى إعمال

---

(١) أنظر الأحكام الصادرة من محكمة استئناف القاهرة فى ٦ مارس ١٩٥٧ و ١٣ مارس ١٩٥٧ والتى أشار إليها جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٢٦ بالهامش . وقد أوردها كذلك خفاجى ورابح ، السابق ، ص ٢١٠ـ٢١٣ والأحكام صادرة فى القضية ١٦٦ س ٧٣ ق وفى القضيتين رقم ١٥٦ و ١٥٧ س ٧٣ ، وأنظر كذلك استئناف القاهرة فى ١١ فبراير ٥٩ رقم ٤٠ س ٧٥ ق ، غير منشور ، أورده أحمد سلامة ط ٢ ص ٣٧١ وأورده كذلك إهاب اسماعيل فى أصول الأحوال الشخصية رقم ١٦٤ ص ٢٧٢ وما بعدها - وجميل الشرقاوى (١٩٥٩ ـ ١٩٦٠) ص ٥٣ هامش ١ . وأنظر كذلك استئناف الاسكندرية رقم ١ لسنة ١٩٦٠ الوارد ضمن حكم النقض فى ٦ فبراير ١٩٦٣ طعن رقم ٣٧ س ٣ ق أحوال مجموعة المكتب الفنى س ١٤ عدد ١ رقم ٢٩ ص ٢١٨ .

(٢) جميل الشرقاوى ، السابق ص ٢٦ ، ص ٥٣ من طبعة ١٩٦٠/٩٥٩

قواعد الشريعة الاسلامية الخاصة بالمسلمين ويمدها إلى غير المسلمين ، حتى فى الحالات التى لايدينون فيها بالطلاق على خلاف ماتقضى به المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى فقرتها الاخيرة . ولنوضح ذلك بأمثلة من هذا القضاء .

ففى قضية كان طرفاها مختلفين من حيث الطائفة (الزوجة قبطية أرثوذكسية والزوج رومى أرثوذكسى) ، اتفق الطرفان على الالتجاء إلى دائرة الاحوال الشخصية لغير المسلمين ، قررت المحكمة تطبيق الشريعة الاسلامية نظرا لاختلاف الطرفين فى الملة(تعنى بها الطائفة هنا) . وقد طبقت المحكمة القواعد الموضوعية فى هذه الشريعة ، وجاء فى حكمها أن الزوجة استندت إلى الشريعة الاسلامية « لإساءة زوجها ، المدعى عليه ، لها بالضرب والسب ، وامتناعه عن الانفاق عليها ومصاحبة النساء وإغداق المال عليهن وسوء عشرته وكثرة المشاجرات بينهما ، مما حداها لهجر منزل الزوجية والعيش فى كنف والدها منذ ثلاث سنوات ، ولم يحاول الزوج تقويم مسلكه أو السعى لاصلاح ذات البين» وقد قضت المحكمة بتطليق الزوجة تطبيقا للمادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ [١] . وواضح من هذا أن المحكمة طبقت قاعدة التطليق للضرر ، وهى قاعدة من القواعد التشريعية التى تطبقها المحاكم بالنسبة للمسلمين [٢] .

---

(١) محكمة الاسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية لغير المسلمين فى القضية رقم ٤٦ لسنة ١٩٥٦ كلى بتاريخ ٢٩ يناير ١٩٥٧ (غير منشور) . برئاسة السيد / فهمى صليب .

(٢) وأنظر حكما آخر من المحكمة نفسها ١٨/٢/١٩٥٨ (صالح حنفى ٢ رقم ٦٨٣ ص ٥١٤) حيث طبقت المحكمة الشريعة الاسلامية (القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠) إذ طلبت الزوجة الطلاق لعدم الانفاق . وأنظر محكمة القاهرة الابتدائية ٢٧ مايو ١٩٥٧ رقم ٥٤٣ س ٥٦ كلى (صالح حنفى ٢ رقم ١٩٧ ص ١٨١ ، وخفاجى ورابح رقم ١١ ص ٢١٤) حيث قضى إنه يحكم بالشريعة الاسلامية كما يحكم بها لو كان الطرفان مسلمين . وفى حكم=

وفى حكم آخر اختلف الطرفان من حيث الطائفة كذلك (أرمن أرثوذكس وروم أرثوذكس) ، قررت المحكمة أن الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق فيخضع لها الطرفان ، وخاصة أنهما يدينان بوقوع الطلاق ، لأن من لا يدين بوقوع الطلاق هم الكاثوليك[1].

هذا هو الاتجاه الثانى فى أحكام المحاكم ، ولا شك أنه الاتجاه الغالب[2].

= المحكمة نفسها (١٤ أبريل ١٩٥٧ رقم ١٣١٨ س ٥٦ كلى - صالح حنفى ٢ رقم ٢٥١ ص ٢١٤ وخفاجى ورابح رقم ٩ ص ٢١٣) طبقت المحكمة القواعد الموضوعية فى الشريعة الاسلامية ، ورفضت صراحة الأخذ بمبدأ ترك الذميين وما يدينون به ، إذ أنه يؤدى إلى تطبيق شريعتهم حق ولو اختلفوا فى الطائفة والملة ، وهو ما لم يقصده المشرع . وفى حكم لمحكمة الاسكندرية الابتدائية فى ٥٧/١٢/٣ رقم ٢٥ س ٥٧ كلى (صالح حنفى رقم ١/٦٧٩ س ٥٠٩) طبقت المحكمة الشريعة الاسلامية . إلا أنه لما كان قد طلب إليها التفريق بين الزوجين جسمانيا ، رفضت الدعوى لأن الشريعة الاسلامية لا تعرف الانفصال الجسمانى . وأنظر كذلك استئناف القاهرة ١٩٥٨/١/٢٥ رقم ٩٨١ س ٥٧ . وكذلك القاهرة الابتدائية فى ٥٨/١١/٢٤ رقم ١٥٦٠ س ١٩٥٨ (خفاجى ورابح رقم ٢٣ ص ٢٢٥) .

(١) الاسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية لغير المسلمين ، فى القضية رقم ٣٦ لسنة ١٩٥٧ كلى فى ١٨ فبراير سنة ١٩٥٨ (غير منشور) ، برئاسة السيد/ وبر الملاخ . وأنظر حكما آخر للمحكمة نفسها فى ١٩٥٧/١١/١٧ رقم ١١ س ٩٥٧ وقد طبقت فيه المحكمة كذلك الشريعة الاسلامية (بين أرثوذكسية وكاثوليكى) مع إعمال المادة ٩٩ فقرة أخيرة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . وأنظر كذلك القاهرة الابتدائية فى ٢٧ مايو ١٩٥٦ رقم ١٢٩٧ س ٥٦ كلى ، وكذلك حكمها رقم ٨٤٥ س ٥٦ كلى (صالح حنفى ٢ رقم ٢٤٢ ص ٢٠٦ و ٢٤٣ ص ٢٠٧ - ٢٠٩ على التوالى) . وقد طبقت المحكمة الشريعة الاسلامية مع إعمال المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

ويبدو من اتجاه الأحكام السابقة أنها ترى تطبيق الشريعة الاسلامية مدخلة فى اعتبارها وجود الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، فلا يقضى بالتطليق بين المسيحيين المختلفين فى الطائفة والملة إلا إذا كان الطرفان يدينان بوقوعه .

(٢) أنظر حكما هاما لمحكمة استئناف القاهرة فى ١٣ ديسمبر ١٩٥٨ فى القضية ١٨٧ س ٧٤ ق أورده خفاجى ورابح رقم ٢٢ ص ٢٢٠ — ٢٢٥ . وأنظر الحكم نفسه فى =

ومنه يتضح أنه ينبغى تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية ، بالنسبة لغير المسلمين الذين لا تتوافر شروط تطبيق شريعتهم . وتطبق الشريعة الاسلامية فى هذا الصدد ، كما تطبق بالنسبة للمسلمين طبقا لما أشارت إليه المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وإذا كان هذا هو الاتجاه الغالب فى القضاء ، فانه هو السائد فى الفقه الآن [(١)] .

ومع ذلك فان فريقا من أحكام المحاكم يتطرف فى هذا الصدد بالنسبة لإعمال أحكام الشريعة الإسلامية على غير المسلمين فيقرر أنه إذا كانت الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق ، فانها تطبق بصفة مطلقة ، بصرف النظر عما إذ كان الطرفان يدينان بوقوع الطلاق أو لا يدينان به ، أى بصرف النظر عما جاء فى الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والتى تقضى بأنه : « لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » . وهى القاعدة التى كانت تتقيد بها المحاكم الشرعية فى قضائها بين غير المسلمين ، إذ كانت تطبق الشريعة الاسلامية مع مراعاة النص السابق . ويجمل بنا توضيح موقف المحاكم من نص المادة ٩٩ فى فقرتها الأخيرة . وهذا ما نبينه فيما يلى :

٧٤ ـ موقف المحاكم بالنسبة للمادة ٩٩ فقرة أخيرة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : انقسم الرأى حول تطبيق هذه الفقرة فى حالة ما إذا اختلف

= أحمد سلامه ، ط ٢ ، ص ٣٧٥ وما بعدها . وأنظر محكمة استئناف الاسكندرية فى ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ قضية رقم ٧ س ١٩٥٩ وقد أيد الحكم الابتدائى الصادر فى ٢٠ أبريل ١٩٥٩ رقم ٣٤ ١٩٥٨ . وأنظر حكم النقض سالف الذكر فى ٦ فبراير ٦٣ رقم ٤٧ س ٣٠ .

(١) أنظر جميل الشرقاوى (١٩٥٩ ــ ١٩٦٠) رقم ١٢ ص ٥٠ وما بعدها . أحمد سلامة (ط ٢) رقم ١٧٠ وما بعده ص ٣٥٥ وما بعدها وخاصة ص ٣٨٠ ــ ٣٨١ . عبد الودود يحيى رقم ٥٤ و ٥٥ ص ٨٣ وما بعدها . إهاب اسماعيل ، أصول الأحوال الشخصية رقم ١٥٧ وما بعده ص ٢٥١ وما بعدها .

الخصوم فى الطائفة والملة وكان على المحكمة أن تطبق الشريعة الاسلامية . فهل تطبق الشريعة الاسلامية بصورة مطلقة حتى بالنسبة لمن لا يدين بالطلاق ، أم أنها تطبقها مع مراعاة حكم المادة ٩٩ فى هذا الصدد ، ومعنى ذلك أن دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر ، لا تسمع إلا إذا كانا يدينان بوقوعه ؟ اتجهت الأحكام إلى وجهتين ، وإن كانت تتفق بطبيعة الحال فى أنها تطبق القواعد الموضوعية فى الشريعة الاسلامية .

(١) فهناك من الأحكام ما يقرر أنه إذا طبقت الشريعة الاسلامية على الخصوم ينبغى أن يراعى ما جاء فى المادة ٩٩ فقرة أخيرة . وقد أيدت الاحكام الصادرة فى هذا المعنى رأيها بما سارت عليه بعض أحكام المحاكم الشرعية من قبل[١]، ثم بمنشور وزارة العدل رقم ١٨ فى ٣ يونيه سنة ١٩٣١ والذى بموجبه كان على المحاكم الشرعية أن تفصل فى دعاوى الطلاق التى ترفع إليها من غير المسلمين على وفق المنهج الشرعى مع مراعاة المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية[٢] . وعلى ذلك إذا كان الطرفان مختلفين من حيث الطائفة ، فان الشريعة الاسلامية تكون واجبة التطبيق وتبعا لذلك يكون للمحكمة أن تقضى بالطلاق طالما كان الزوجان يدينان بوقوعه ؛ إذ أن من لا يدين بالطلاق هم الكاثوليك[٣] .

---

(١) أنظر حكم محكمة مصر الشرعية فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٢ ـ المحاماة الشرعية س ١٤ ، الأعداد من ١ إلى ٤ رقم ١٥ ص ٦١ .

(٢) انظر حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية لغير المسلمين فى القضية رقم ١١ لسنة ١٩٥٧ بتاريخ ١٢ نوفمبر ١٩٥٧ ، برئاسة السيد / روبير الملاخ ـ (غير منشور) .

(٣) نفس الدائرة السابقة بمحكمة الاسكندرية فى القضية رقم ٣٦ لسنة ١٩٥٧ كلى بتاريخ ١٨ فبراير ١٩٥٨ ـ وانظر أيضا حكما صادرا من محكمة القاهرة الابتدائية =

وقد قيل تأييدا لهذه الوجهه إنه إذا طبقت الشريعة الاسلامية على غير المسلمين المختلفين فى الطائفه والملة ، فانه ينبغى أن يراعى التسامح فى الشـريعة

= للأحوال الشخصية الدائرة ٢٤ فى القضية رقم ١٤١٦ لسنة ١٩٥٦ كلى فى ١٩٥٦/١١/١٨ أشار إليه إيهاب اسماعيل ، ص ١٢١ . وكذلك حكمها فى ٢٧ مايو ١٩٥٦ رقم ١٢٩٧ ورقم ٨٤٠ س ٩٥٦ كلى المشار إليهما فيما سبق.

وكذلك حكمها فى ١٩٥٨/٢/١٥ رقم ٨١١ س ٥٧ (صالح حنفى ٢ رقم ٢٧٢ ص ٢٢٣) وقد جاء به إن نص المادة ٧/٩٩ نص استثنائى « لأنه أورد قيداً على تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية على زواج مختلفى الملة من الذميين ، ومن ثم يتعين تطبيقه فى أضيق الحدود ، وفى نطاق الحكمة التى اقتضت فرض هذا القيد عملا بالقاعدة الأصولية التى تقضى بأن الحكم يدور وجودا أو عدماً مع علته . . . » . وانظر كذلك استئناف القاهرة فى ١٣ ديسمبر ١٩٥٨ السابق الاشارة إليه أورده خفاجى ورابح رقم ٢٢ ص ٢٢٠ — ٢٢٥ . وكذلك استئناف الاسكندرية فى ٥٧/٥/٢٩ رقم ٧ س ١٣ ق ملى (صالح حنفى ٢ رقم ٦٠٥ ص ٤٦٢) ، وكذلك حكمها فى ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ (غير منشور) فى القضية ٧ س ١٩٥٩ . وقد جاء هذا الحكم الأخير مؤيداً للحكم الابتدائى الصادر فى ٣٠ أبريل ١٩٥٩ رقم ٣٤ لسنة ١٩٥٨ والذى قضى « بعدم سماع الدعوى لأن الزوج لا يزال معتنقا المذهب الكاثوليكى الذى لا يدين بوقوع الطلاق (كانت الزوجة قد غيرت مذهبها إلى الأرثوذكسية) ويترتب على ذلك ، وتطبيقا للمادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية عدم سماع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر » . وقد أيدت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائى وأضافت أن « المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية إذ نصت على أنه « لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الاخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » قد أفادت أنه إذا كانت شريعة أحد الزوجين لا تقر انحلال رباط الزوجية بالطلاق أو التطليق تكون الدعوى غير مسموعة . ولما كان الزوج فى الدعوى الحالية لا يزال على المذهب الكاثوليكى ، وهذا المذهب فى الشريعة المسيحية لا يقر انحلال رابطة الزوجية ، فانه يتعين إعمال الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من اللائحة ، حتى ولو كانت أحكام الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق على موضوع النزاع . وليس فى ذلك مخالفة النظام العام ، ما دام المشرع قد نص صراحة على اتباع شريعة الزوجين فى هذا الخصوص .

=

الاسلامية[١]، ويمكن أن يقال كذلك فى تأييد إعمال نص المادة ٩٩ فقرة أخيرة إن القاضى إذا كان يطبق الشريعة الإسلامية فهو مقيد بما نصت عليه هذه الفقرة ، وذلك مراعاة للحكمة التى وضع من أجلها النص والتى جاءت بها المذكرة الايضاحية فى صدده حين قالت إن فى إيقاع المحاكم الشرعية الطلاق « حرج ومشقة بالنسبة للطوائف التى لا تدين بوقوع الطلاق ... » .

كما يمكن أن يقال أخيراً فى تأييد هذا الاتجاه إن النص المذكور لم يلغ ضمن النصوص التى ألغيت ؛ فقد نصت المادة ١٣ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على إلغاء بعض نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وليس بين تلك النصوص الملغاة نص المادة ٩٩ ، وبذلك فالنص باق يتعين تطبيقه[٢].

هذا عن الاتجاه الأول وما يمكن أن يقال تأييداً له . والواقع أنه اتجاه سليم من الناحية القانونية البحتة ، وهو الذى سارت عليه المحاكم فى غالبيتها ، كما سنرى .

= وحيث إن القول بأن إعمال هذا النص يكون فى حالة ما إذا كانت شريعة أخرى غير الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق هو قول غير سديد ، لأن النص مطلق ، ولا محل لايراد قيد عليه دون أن يكون له سند فى القانون ، لاسيما أن المحاكم الشرعية التى كانت تطبق أحكام الشريعة الاسلامية قبل إلغاء المحاكم الملية كانت مقيدة بهذا النص . وهو نص ملزم أيضا بحلول المحاكم الوطنية محل المحاكم الشرعية تطبيقا للمادتين الخامسة والثالثة عشرة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . بل هو من النصوص الآمرة التى لايجوز الاتفاق على مخالفتها ، ولذلك يتعين الحكم بمقتضاه ، إذا ما تبين للمحكمة أن شريعة أحد الزوجين لا تجيز الطلاق أو التطليق ، بغض النظر عما إذا كانت شريعة الطرف الاخر تبيح انحلال رابطة الزوجية » .

(١) أحمد أبو الوفا : المرجع السابق ، فقرة ٢٣٩ م (١) ص ٢٩٣ ؛ عبد المنعم البدراوى : المدخل للقانون الخاص ، طبعة ١ سنة ١٩٥٧ ، فقرة ١٢ ص ٢٣ .

(٢) أنظر جميل الشرقاوى : السابق ، ٧ : ١٨ .

(٢) أما عن الاتجاه الثانى ، وهو اتجاه أخذت به أحكام صادرة من محكمة الإسكندرية ، فهو يرى أنه إذا كان من المتعين تطبيق الشريعة الاسلامية فى شأن نزاع بين خصوم من غير المسلمين ، فانه ينبغى تطبيقها بصفة مطلقة دون أن يتقيد القاضى فى ذلك بما جاء فى المادة ٩٩ فقرة أخيرة ، ولا محل لتطبيق هذا النص ، والقول بعدم إيقاع الطلاق إلا إذا كانا يدينان به ، « ذلك لأنه إذا انتهت المحكمة إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، لا أحكام شريعة الطرفين ، فانه لا يلتفت بعد ذلك إلى شريعة المدعى عليها[1] ، وما إذا كانت تبيح الطلاق من عدمه ، طالما أن الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق تبيح الطلاق . وإلا فان القول بغير ذلك معناه أن المحكمة فى الوقت الذى ترى فيه تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية تطرح جانبا تلك الأحكام لتفسح الطريق لتطبيق شريعة أحد الطرفين ، وهذا تعارض واضح لا يمكن الأخذ به »[2] .

وفى سبيل تأييد هذا الاتجاه ، يمكن أن يقال إنه يتفق مع الغرض الذى يهدف إلى توحيد القواعد فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للجميع .

وفضلا عن ذلك فان نص المادة ٩٩ فى فقرتها الأخيرة إذا كان له ما يبرره فيما مضى عند قيام المحاكم الشرعية والمجالس الملية ، مما جعل المشرع يتدخل بالنص للحد من النتائج التى كانت تترتب على تعدد الجهات القضائية ،

---

(١) وقد كانت الزوجة المدعى عليها كاثوليكية ، أما الزوج فقد صار قبطيا أرثوذكسيا قبل رفع الدعوى بمدة .

(٢) حكم محكمة الاسكندرية الكلية للأحوال الشخصية لغير المسلمين برئاسة السيد/ فهمى صليب ، فى القضية ٥٨ لسنة ١٩٥٦ ، بتاريخ ٢١ مايو ١٩٥٧ . أنظر فى نفس المعنى حكمين آخرين من الدائرة نفسها فى القضية رقم ٢٧ لسنة ١٩٥٧ بتاريخ ٢٥ يونيو ١٩٥٧ ، وفى القضية رقم ٥ لسنة ١٩٥٧ بتاريخ ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٧ . وكلها أحكام غير منشورة .

فان هذا الأساس ، الذى من أجله تدخل المشرع ، لم يعد له وجود الآن. فقد كانت المحاكم الشرعية عند قيامها تحكم بوقوع طلاق غير المسلم على زوجته غير المسلمة فى الدعاوى التى ترفع من أحدهما على الآخر ، عملا بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . وكان فى ذلك ـ كما قالت المذكرة الايضاحية حرج ومشقة بالنسبة للطوائف التى لاتدين بوقوع الطلاق ، لعدم استطاعة هذه المطلقة الزواج من آخر ، نظراً للتقاليد المتبعة فى ملتها، فتبقى معلقة لاتتزوج وقد تحرم من النفقة فلا تجد من ينفق عليها [1] . هذا الاساس الذى قام من أجله نص المادة ٩٩ فقرة أخيرة لم يعد قائما الآن بعد توحيد جهات القضاء . « ذلك لأنه إذا كان قد رئى رفع الحرج والمشقة عن الزوجة التى لا تدين بالطلاق إذا ما طلقتها المحكمة الشرعية فقد كان ذلك مفهوما فى وقت أن كان للمجالس الملية اختصاصها فى دعاوى الأحوال الشخصية ومن بينها الطلاق لأن تلك المجالس لم تكن تحكم بالطلاق ، فتبقى الزوجة معلقة على النحو الذى أشارت إليه المذكرة الايضاحية. أما وقد ألغيت المجالس الملية والمحاكم الشرعية، وأصبح الاختصاص كله بيد المحاكم الوطنية ذات الاختصاص العام ، فانها هى التى تحكم بالطلاق ، إذا رأت له وجها ، ولن تعد مثل هذه الزوجة مرتبطة بأى زواج ، مما ينتفى معه الحرج والمشقة التى تكلمت عنها المذكرة الايضاحية وقت أن كان يلجأ للمحاكم الشرعية بعض غير المسلمين للحصول على أحكام بالطلاق قد لا يمكنهم الحصول عليها من جهتهم الملية » [2].

---

(١) المذكرة الايضاحية للمادة ٩٩ .

(٢) حكم محكمة الاسكندرية السابق فى القضية رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٦ .
وقد انتهت المحكمة من ذلك إلى إجابة الزوج إلى الطلاق لهجر زوجته إياه ، لأن الشريعة الاسلامية تعطيه هذا الحكم .

وعلى هذا ، فاذا كان المشرع قد منع القاضى الشرعى من سماع دعوى « الطلاق » من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر ، على نحو ما جاء فى المادة ٩٩ فقرة أخيرة ، وكان ذلك المنع بصفة استثنائية بحتة ولتفادى ما كان يترتب على تعدد جهات القضاء من مساوىء أشارت إليها المذكرة الايضاحية فضلا عن تضارب الأحكام بين المحاكم الشرعية والمجالس الملية ، فانه لم يعد لمثل هذا محل فى ظل الوضع الحالى بعد أن توحدت جهات القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية ، وكان حريا بالمشرع أن يلغى هذه الفقرة ضمن النصوص التى ألغيت من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، فقد زال السبب الذى وضع النص من أجله .

هذا هو الاتجاه الثانى فى صدد إعمال قواعد الشريعة الاسلامية ، والذى اتجهت إليه الاحكام السابقة وخلاصته أنه إذا طبقت الشريعة الاسلامية ، فانها تطبق بصفة مطلقة دون نظر إلى ما جاءت به المادة ٩٩ فقرة أخيرة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

والواقع أننا لا نتفق مع ماجاءت به تلك الطائفة من الأحكام ، إلا من الناحية النظرية فقط نظراً لانتفاء الأساس الذى قامت عليه هذه الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ والذى أشارت إليه المذكرة الايضاحية ، وحتى تتحقق المساواة بين غير المسلمين الذين تنطبق فى شأنهم أحكام الشريعة الاسلامية . ولكن لا ينبغى أن يفهم تأييدنا لهذه الفكرة على أنه إقرار لموقف هذا القضاء من الناحية القانونية ، إذ مما لاشك فيه أنه قضاء مخالف للقانون ولصريح المادة ٩٩/٧ التى لم تلغ حتى الآن. فنحن لا نتجاهل وجود النص ، بل إننا قد اعترفنا بوجوده فى أكثر

من مناسبة[١]، وكل ما هنالك أننا كنا نأمل إلغاءه مع ما ألغى من نصوص فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . ولهذا نكرر أن كل قضاء ينكر وجود هذا النص قضاء غير سليم من الناحية القانونية البحتة ، ولعل هذا هو السر الذى من أجله لم يكتب لهذا الاتجاه بين المحاكم أن يسود . إذ القاضى يلتزم بنصوص القانون ، فليس له أن يتجاهل وجودها أو يحيد عنها . وأى قضاء يتجاهل وجود هذا النص يعتبر أنه مخالف للقانون .

٧٤ مكرر : نطاق تطبيق المادة ٧/٩٩ : على أننا إذا كنا نسلم ببقاء هذا النص باعتباره قيداً يرد على تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية ، فان الاشكال يثور بعد ذلك بالنسبة لتطبيقه . فهل يسرى بالنسبة للكاثوليك فقط أم يسرى بالنسبة لمن عداهم من غير المسلمين ، وما هو النطاق الذى يمكن أن يطبق فيه . وإذا قيل بأن تطبيقه يقتصر على الكاثوليك وحدهم ، هل يلزم أن يكون الطرفان ممن يدينان بالطلاق أم يكفى أن يكون أحدهما فقط هو الذى لا يدين بالطلاق ؟

ونحن نعتقد أن نص المادة **٧/٩٩** لا يسرى إلا بالنسبة للكاثوليك وحدهم، لأنهم هم الذين لا يدينون « بالطلاق » . ولا يسرى بالنسبة لغيرهم من المسيحيين أو اليهود . وهذا ما يفهم من المذكرة الايضاحية ومنشورات وزارة العدل فى صدد هذا النص . كما أنه هو الرأى الغالب فى القضاء .

فالمذكرة الايضاحية لهذا النص تقطع بأن المشرع لم يقصد إلا الطوائف التى لا تدين « بالطلاق » . ويفهم من ذلك أن من الطوائف ما يدين بوقوعه،

---

(١) أنظر الطبعة الأولى من هذا الكتاب ص ٢٤٧ و ٢٥٣ ـ ٢٥٤ وكذلك ص ٢٦٠

ومن المعروف أن الأرثوذكس والبروتستانت ، فضلا عن اليهود ، هم الذين يدينون بالطلاق (التطليق). أما الكاثوليك فلا يعرفون هذا النظام (التطليق) وإنما يعرفون نظام الانفصال الجسمانى .

وقد بينت وزارة العدل فى منشور أرسلته إلى المحاكم أن الطوائف التى لاتدين بالطلاق هى الطوائف الكاثوليكية[1] .

وقد اتجه القضاء الغالب عندنا إلى أن المقصود بمن « لايدينون بالطلاق » هم الكاثوليك وحدهم . وتبعا لذلك قضت المحاكم بالتطليق ـ تطبيقا لأحكام الشريعة الاسلامية ـ بين أرثوذكسيين ، لأنهما يدينان بوقوع الطلاق . كما رفضت التطليق لأنه تبين لها أن أحد الطرفين من الكاثوليك الذين لايدينون بالطلاق ، وقضت بعدم سماع الدعوى[2] .

---

(١) أنظر : محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، قسم الزواج ، المرجع السابق ص ٢٥٩ . وقد بين أن وزارة العدل ذكرت الطوائف التى لا تدين بالطلاق فى منشور أرسلته إلى المحاكم ، فذكرت أنهـا الروم الكاثوليك واللاتين الكاثوليك ، كما بين هـذا المنشور كذلك أن «تطبيق هذا الجزء من اللائحة من تنظيم الاختصـاص المتعلق بالنظام العام.. » ويبدو أن هذا المنشور صدر فى ٢٨ سبتمبر ١٩٣١ .

وأنظر كذلك : بطرس كساب ، رسالته السابقة ص ٨٩ وهامش ٢ .

(٢) أنظر الاسكندرية الابتدائية فى ١٨ فبراير ١٩٥٨ رقم ٣٦ لسنة ٥٧ حيث جاء به « إن من لايدين بالطلاق هم الكاثوليك » . وكذلك حكمها فى١٢/١١/٥٧ رقم ١١ س٥٧ وقد سبقت الاشارة إلىهذين الحكمين والقاهرة الابتدائية فى ١/٦/٥٨ رقم١٠٦٩ س ٥٦ كلى (صالح حنفى) رقم ٢٨١ ص ٢٢٩ . وكذلك فى ٢٩/١/١٩٥٨ رقم ٢٩٣٩ س ٥٦ كلى (صالح حنفى) رقم ٦٥٢ ص ٤٩٧ . وكذلك الاسكندرية الابتدائية فى ٢٠/٥/٥٧ رقم ٢٧ س ٥٧ كلي . وقد جاء به إن الأقباط والروم الأرثوذكس يدينون بالطلاق . « ومن ثم تسمع دعوى الطلاق بين الزوجين . غير أنه فى تطبيق أسباب الطلاق الموضوعية يرجع للشريعة الاسلامية لأنها التشريع العام » .

وأنظر كذلك استئناف الاسكندرية فى ١٩/١٢/٥٧ رقم ١٥ س١٣ ق حيث جاء به أنه إذا « كان الزوج من طائفة الأرمن الكاثوليك التى لا تقر انحلال رباط الزوجية بالطلاق =

وإذ كنا نرى أن الكاثوليك هم وحدهم الذين لايدينون « بالطلاق » ، فان القيد الوارد فى المادة ٧/٩٩ لا يسرى إلا فى شأنهم وحدهم ، وبالتالى يتعين على القضاء الحكم بعدم سماع الدعوى التى يرفعها أحد الزوجين على

= أوالتطليق ، فتكون الدعوى غير مسموعة » (صالح حنفى ٢ رقم ٦١١ ص ٤٦٦) . وأنظر كذلك حكم المحكمة نفسها (غير منشور ، وقد سبقت الاشارة اليه) فى ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ رقم ٧ لسنة ١٩٥٩ .

وانظر حكم استئناف القاهرة فى ١٣ ديسمبر ١٩٥٨ (خفاجى ورابح ، رقم ٢٢ خاصة ص ٢٢١ ـ ٢٢٢) ، وقد جاء فيه :

« ومن حيث أن الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ نصت على أنه « لاتسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بالطلاق فهذه الفقرة تدل على أنه ولاتسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إذا كانا لا يدينان بالطلاق ، وتسمع إذا كانا يدينان بالطلاق ، لأنها اشتملت على مستثنى منه ومستثنى ، وحكم المستثنى دائماغير حكم المستثنى منه . وقد بينت المذكرة التفسيرية ذلك حين ذكرت أن بعض الطوائف يدين بالطلاق وبعضها لايدين به . كما بينت الحكمة من وضع هذه المادة . وترى المحكمة فى هذا المقام بيان معنى يدينان بالطلاق ؛ أما يدينان فمعناها أن الزوجين يعتقدان بشرعيــة الطلاق ، وأن دينهما يقرر الطلاق بين الزوجين ، وإن كان هذا الطلاق متوقفا على تحقق موجبه من وقوع زنى أو تغيير دين أو على أى سبب من الأسباب المعتبرة لوقوع الطلاق . ولو لم تصر المحكمة إلى هذا الفهم لكانت جميع الطوائف لاتدين بالطلاق ، وهذا يخالف المادة والمذكرة والواقع . ومعنى الطلاق لغة رفع القيد وشرعا رفع قيد النكاح بلفظ خاص . وبهذا التعريف يكون الطلاق أو التطليق بمعنى واحد ، وكل تفريق بينهما مرده العرف . ولذا عبرت القوانين الموضوعية لمحاكم الأحوال الشخصية بالطلاق للضرر ، والطلاق للعيب ، والطلاق للغيبة والإعسار ، والطلاق لعدم الانفاق ، وطلقها القاضى طلقة بائنة ، وكان التطليق رجعيا يراجع القــانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وسنة ١٩٢٩) ، وإن كان الطلاق فى هذه المواضع يقع بحكم المحكمة . ومن ذلك يستبين أن المراد أن يكون مبدأ الطلاق مشروعا فى مذهب الزوجين وإن توقف على حــكم القاضى بعد التأكد من تحقق شروطه . ومذهب الطرفين مختلف باعتراف وكيل الزوجة فى تصــويب رأى النيابة فى طلبها رفض الدفع بعدم الاختصاص ، ولا يكون ذلك إلا عند اختلاف مذهبيهما ، وهما يدينان بالطلاق ، لأن الطوائف التى لاتدين بالطلاق هى الروم الكاثوليك واللاتين الكاثوليك (يراجع منشور الوزارة فى ٢٨ سبتمبر ١٩٣١) . وقد أيدت محكمة النقض هذا القضاء وقررت أن الملة الوحيدة التى لاتجيز التطليق هى ملة الكاثوليك . ولهذا فانه لايرجع لشريعة الزوجين عند اختلافهما فى الطائفة أو الملة إلا لبحث دينونتهما بوقوع الطلاق فقط(نقض فى ٦ فبراير ١٩٦٣ طعن ٣٦ س ٢٩ مجموعة المكتب الفنى س ١٤ عدد ١ رقم ٢٨ ص ٢١٠ . وكذلك طعن رقم ٣٧ س ٣٠ ، وطعن رقم ٣ س ٣١ المرجع السابق رقم ٢٩ و ٣٠ ص ٢١٨ وما بعدها على التوالى .

الآخر طالبا التطليق . فاذا كان النزاع بين مختلفى الطائفة والملة من غير الكاثوليك ، طبقت الشريعة الاسلامية دون القيد الوارد فى النص السابق ، كما لو تعلق الأمر بنزاع بين المسلمين تماما .

ومع ذلك يبدو من بعض أحكام المحاكم أن هذا القيد يجب إعماله لدى غير الكاثوليك ، خارج الحالات التى يدينون فيها بالطلاق (التطليق) . وبعبارة أخرى أنه إذا كانت الطوائف الأخرى من غير الكاثوليك تبيح التطليق فى حالات محددة ، فان خارج تلك الحالات تطبق المادة ٩٩/٧ ، وبالتالى لا تسمع دعوى التطليق إذا ما استند إلى سبب آخر غير تلك الاسباب المحددة [١].

إلا أننا لا نقر هذا الاتجاه . بل يكفى فى نظرنا ، لكى تطبق الشريعة الاسلامية ، كما تطبق بالنسبة للمسلمين ، أن يكون الطرفان ممن يدينون بالتطليق من حيث المبدأ فقط ، وبالتالى فانه يحكم بالتطليق إذا ما طلبه ، غير الكاثوليك حتى فى الحالات التى لا تعد سببا للتطليق عندهم . ذلك أنه فضلا عن أن ما يفهم من روح القانون من أن المقصود بمن يسرى فى شأنهم منع القضاة من سماع الدعوى طبقا للمادة ٩٩/٧ هم الكاثوليك ، على ما بينا ، فان « من يمعن فى قراءة المذكرة الايضاحية للفقرة ٧ من المادة ٩٩ والحكمة التى من أجلها صدرت ، ومن يراجع منشور وزارة العدل يخلص إلى قول واحد هو أن المقصود هو الاعتقاد بمشروعية الطلاق من حيث المبدأ . إذ لا يعقل أن يكون مقصود المشرع هو الاعتقاد بمشروعية السبب ، وإلا لكان القول بتطبيق حكم الشريعة

---

(١) أنظر حكم القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٧/١٠/٢٧ رقم ٢٧٨ س ٥٧ (صالح حنفى ٢ رقم ٢٥٦ ص ٢١٧) .

الاسـلامية على طلاق غير المسلمين الذين لا تنطبق عليهم شريعتهم لغـوا لا قيمة له ، إذ أنه فى جميع الأحوال سوف يكون الطلاق محكوما بشريعتهم التى تقرر استبعادها[1].

ومن هذا يتبين لنا أنه إذا كان من لايدين بالتطليق هم الكاثوليك ، فانه يجب أن يدخل فى الاعتبار كذلك أن نص المادة ٧/٩٩ سالف الذكر لايسرى على غيرهم خارج الحالات التى يدينون فيها بالتطليق . وقد أقرت محكمة النقض هذا الاتجاه[2].

وتبقى لنا فى هذا الصدد مسألة أخيرة هى هل يلزم لإعمال النص السابق بشأن الكاثوليك أن يكون الطرفان من الكاثوليك[3] ، أم أنه يكفى أن

---

(١) أحمد سلامه ، ط ٢ ، ص ٣٨٦ بالهامش . وانظر أيضا ص ٣٨٥ هامش ٢ ، وانظر كذلك تعليق صالح حنفى على حكم القاهرة المشار إليه فى الهامش السابق .

(٢) وقد أقرت محكمة النقض حكم استئناف القاهرة رقم ١٦١ س ٧٥ فى ٢٣ مايو ١٩٥٩ — جاء ضمن حكم النقض فى ٦ فبراير ١٩٦٣ — مجموعة المكتب الفنى س ١٤ رقم ٢٨ ص ٢١٠ السابق الاشارة إليه) وعلى ماجاء به من أن المقصود بكون الزوجين يدينان بالطلاق هو أنهما « يعتقدان بمبدأ شرعية الطلاق ، لان دينهما لايقره ، وإن كان هذا الطلاق متوقفا على توافر موجبه من زنا أو تغيير دين أو لأى سبب من الاسباب الموجبة للطلاق . هذا الفهم متعين لأنه مبنى على ماذكره القانون ، وإلا لكانت جميع الطوائف لاتدين بالطلاق . وهذا مخالف لنص المادة ومذكرتها التفسيرية ، والطلاق والتطليق هو الفرقة بين الزوجين سواء كان من عمل الزوج أو بحكم القضاء» . وانظر كذلك حكم النقض فى التاريخ السابق فى الطعن رقم ٣ س ٣١ الموضع السابق رقم ٣٠ ص ٢٢٣ . وقد جاء بهذا الحكم إن نص المادة ٧/٩٩ قد قصد التفرقة بين الطوائف التى تدين بالطلاق فأجاز سماع دعوى الطلاق بالنسبة لهم ، وبين الطوائف التى لا تدين بالطلاق وهم الكاثوليك فمنع سماع دعوى الطلاق بينهم دفعا للحرج والمشقة . فاذا كان الثابت أن الطرفين مختلفا الملة والطائفة ولاينتمى أحدهما إلى طائفة الكاثوليك وكان الحكم المطعون فيه رغم ذلك قد قضى بعدم سماع الدعوى فانه يكون قد خالف القانون مما يتعين معه نقضه .

(٣) والمفروض بطبيعة الحال أنهما يختلفان فى الطائفة فى هذه الحالة وإن اتحدا فى المذهب (الكاثوليكى) . لأنهما لو اتحدا طائفة ومذهبا طبقت شريعتهما ، ولا يثار أمر تطبيق المادة ٧/٩٩ .

يكون أحدهما فقط كاثوليكيا ؟

لاشك فى أنه يكفى لإعمال هذا النص أن يكون أحد الطرفين كاثوليكيا. وهذا ما يتضح من النص نفسه إذ يقول « لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ». ويفهم من ذلك أن الدعوى لا تسمع إذا كان أحدهما فقط يدين بالطلاق والآخر لا يدين به ، أو كان الطرفان لا يدينان به . وهذا ما أيده القضاء صراحة ، إذ قرر أنه « إذا كانت شريعة أحد الزوجين لا تقر انحلال رباط الزوجية بالطلاق أو التطليق تكون الدعوى غير مسموعة ... بغض النظر عما إذا كانت شريعة الطرف الآخر تبيح انحلال رابطة الزوجية[1] » .

على أنه إذا كان يكفى لمنع سماع الدعوى أن يكون أحد الطرفين كاثوليكيا ، فان ذلك يكون فى الحالات التى ينتمى فيها الطرف الآخر إلى طائفة أو ملة أو ديانة أخرى غير الاسلام . فاذا كان الزوج مسلما والزوجة كاثوليكية طبقت الشريعة الاسلامية ، وكان للزوج أن يطلق ، كما يطلق المسلم زوجته المسلمة[2] .

٧٥ ــ هل للزوج غير المسلم أن يطلق بمحض ارادته ؟ وتبقى لنا مسألة أخيرة تثار فى هذا الصدد خاصة بحق الزوج غير المسلم فى إيقاع الطلاق بمحض

---

(١) استئناف الاسكندرية فى ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ وقد سبقت الاشارة اليه .

وانظر كذلك بطرس كساب ، رسالته السابقة رقم ٨١و٨٢ ص ٩٢ ـ ٩٣ . ويرى أن نص المادة ٩٩ فقرة أخيرة ينطبق ، سواء اتحدا الطرفان فى الطائفة والملة أم اختلفا فيهما.

(٢) وبطبيعة الحال لايثار الأمر بالنسبة للحالة التى تكون فيها الزوجة هى التى أسلمت لأن الزواج فى هذه الحالة ينحل بقوة القانون إذا ما عرض الاسلام على الزوج ولم يقبل .

وانظر بالنسبة لمن أسلم وطلق بإرادته المنفردة حكم الاسكندرية الابتدائية فى ٥٧/٥/٢١ وفى ٥٧/٩/١٧ رقم ٢١ و ٢٣ س ٥٧ على التوالى (صالح حنفى ٢ رقم٦٦٩ ص ٥٠٥) .

إرادته . فهل لهذا الزوج أن يوقع الطلاق بمحض إرادته ، وذلك فى الحالة التى لاتتوافر فيها شروط تطبيق شريعة غير المسلمين وتكون الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق ؟

إن بحث هذا الموضوع يقتضى أن نعرض للفروض المختلفة التى يمكن أن يقع فيها الطلاق بين الزوجين ، سواء عندما يتحدان فى الطائفة والملة وتكون شريعتهما هى الواجبة التطبيق ، أم عندما يختلفان وتكون الشريعة الإسلامية هى الواجبة التطبيق [١] ، ولكننا نقتصر هنا على الحالة التى يختلف فيها الأفراد

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع ، بطرس كساب ، فقرة ٧١ وما بعدها إلى فقرة ٨٣ .
ويراعى أنه فى حالة اتحاد الزوجين فى الطائفة والملة ليس للزوج أن يطلق زوجته بمحض إرادته إن كان مسيحيا ، حتى ولوفى حالة من الحالات المحددة التى يباح فيها الطلاق عند المسيحيين لأن تقرير قيام السبب أو التحقق منه ، إنما هو أمر ينبغى أن يترك للقضاء لا للزوج . وقد جاء فى حكم لمحكمة استئناف القاهرة (٥/١٢/٥٦ رقم ٦١ س ٧٣ ق ، صالح حنفى رقم ٥٩٦ ص ٤٥٥) أن المشرع لدى طائفة الأقباط الارثوذكس لا يجيز للزوجين أن يتحللا من عقد الزواج بارادتهما ، بل يأخذ بمبدأ التحديد القانونى لأسباب التطليق ، فلا يفسخ العقد إلا بحكم ولأسباب يعينها . . » ، وانظر أيضا حكما فى ٥/٦/٥٧ رقم ٩٦ س ٧٤ ق . صالح حنفى ، رقم ٦٠٦ ص ٤٦٣ حيث نص صراحة على أن « جميع المذاهب المسيحية لاتجيز الطلاق بوصفه حقا للرجل مرتبطا بمحض إرادته .. » . وانظر كذلك استئناف الاسكندرية فى ٢٢/١/٥٨ رقم ٣٦ س ١٣ قضائية ملى و (صالح حنفى ٢ رقم ٦١٣ ص ٤٦٧) . وكذلك القاهرة الابتدائية فى ٣١/٣/٥٨ رقم ٤٤٦ س ٥٨ كلى (صالح حنفى ٢ رقم ٦٨٩ ص ٥١٧) .

أما بالنسبة لليهود الربانيين ، فانه يجوز للزوج أن يطلق بارادته المنفردة شأنه فى ذلك شأن الزوج المسلم . ولكن الطلاق لايصح شرعا إلا أمام السلطة الشرعية بوثيقة بحضرة شاهدين . وعلى ذلك فانهم إذا كانوا يبيحون الطلاق لمجرد إرادة الرجل ، إلا أنهم لا يعتمدونه مالم يكن على يد الشرع . (أنظر المواد ٣٢٤ وما بعدها والمادة ٣٣٦ من ابن شمعون . وانظر فى هذا الصدد الأحكام التى أوردها صالح حنفى، المرجع جزء ٢ رقم ٦٧٥و٦٩١و٦٩٥ ص ٥١٨ و ٥٢٠ على التوالى) . أما بالنسبة للقرائين فان المرأة لا تطلق بمجرد ارادة الرجل ، بل لا بد من المسوغ أى أنه لا طلاق إلا على يد الشرع بقدر ما يكون هناك من المسوغات ، اللهم إلا اذا تراضى الزوجان ، إذ يكون للزوج أن يطلقها أصلا ما دامت قابلة (أنظر تفصيلا لهذا فى شعار الخضر ، تعريب وشرح مراد فرج ، خاصة ص ١٢٦ وبعدها) .

من حيث الطائفة والملة ، أو بصفة عامة حيث لا تتوافر فيها شروط تطبيق شريعتهم وتكون الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق . فى هذه الحالة ، هل يكون للزوج أن يوقع الطلاق بمحض إرادته كما هو الشأن بالنسبة للزوج المسلم فى ظل أحكام الشريعة الاسلامية ، وذلك بالنسبة لمن يدينون بالطلاق وهم بصفة خاصة من المسيحيين أتباع المذهب الأرثوذكسى والبروتستانتى .

لقد انقسم الرأى حول هذا الموضوع . ففى اتجاه أول قيل إنه ليس للأفراد أن يطبقوا أحكام الشريعة الاسلامية من تلقاء أنفسهم ، بل لابد من أن يقرر القضاء ذلك ، وتبعا لهذا لا يكون للزوج أن يطلق زوجته ، ويطلب من القضاء إثبات ذلك . وفى اتجاه آخر قيل إنه إذا كانت الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق ، يكون للزوج غير المسلم الحق فى إيقاع الطلاق بارادته المنفردة ، ويقع هذا الطلاق من وقت وقوعه ، حتى ولو أثير الأمر أمام القضاء .

أما عن الاتجاه الأول فقد قيل فى تأييده إن توافر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين أو تخلفها كثيراً ما يثير صعوبات ، وبصفة خاصة من حيث إثبات اتحاد الأفراد فى الطائفة والملة أو اختلافهم ، ومن حيث تغيير أحدهم لديانته أو لمذهبه أو لطائفته ، ومن حيث اتساق شريعتهم أو عدم اتساقها مع النظام العام . ولهذا لا يمكن أن يترتب لغير المسلم الحق فى الافادة من أحكام الشريعة الاسلامية إلا بعد أن يتقرر أن هذه الشريعة هى الواجبة التطبيق على أثر بحث القاضى لمقومات تطبيقها [1] . وبعبارة أخرى إنه لما كان الأفراد لا يسلمون من الناحية العملية بانطباق الشريعة الاسلامية ، نظراً لما يثار من عقبات حول توافر أو تخلف

---

(١) أنظر الطبعة الأولى من هذا الكتاب ، بند ٧٥ ص ٢٦٢ .

شروط شرائع غير المسلمين ، فإن الأمر يترك للقضاء ، وهو الذى يقرر ـ على ضوء ما يتضح له ـ ما إذا كانت الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق[١] ، وبالتالى يكون للزوج غير المسلم أن يطلق بإرادته .

وتأييدا لهذا النظر ، قيل إنه توجد إلى جانب ، ما سبق ضرورة فنية تستدعى القول بأن القضاء هو الذى يملك تقدير أى الشرائع قد انعقد لها الاختصاص . ذلك أن المادة ٦/٢ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ تقضى بأنه فى منازعات الأحوال الشخصية بين غير المسلمين المتحدين فى الطائفة والملة . . . تصدر الأحكام طبقا لشريعتهم متى توافرت الشروط التى يستلزمها هذا النص. ويفهم من ذلك أنه إذا لم تتوافر هذه الشروط تصدر الأحكام طبقا للشريعة الاسلامية . ومعنى ذلك أن المشرع حين تصور انطباق الشريعة الاسلامية على غير المسلمين إنما افترض بالضرورة أن يكون هذا التطبيق على يد القضاء ؛ فعبارة « تصدر الأحكام » قاطعة فى هذا المعنى ... ولهذا لايجوز للأفراد أن يتولوا بأنفسهم تطبيق الشريعة الاسلامية ، ولئن تولوا فلن يترتب أى أثر على ذلك ، بل إن الأثر يترتب من تاريخ صدور الحكم ، ولو طبقت المحكمة قواعد الشريعة الاسلامية[٢] .

---

(١) والقاضى فى بيانه لما إذا كانت الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق أم لا يخضع لرقابة محكمة النقض . وإذا ما قرر أن الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق ، بينما كانت شروط تطبيق شريعة غير المسلمين متوافرة كان حكمه فى هذه الحالة مخالفا للقانون (انظر الطبعة الأولى من هذا الكتاب ص ٢٦٢) .

(٢) أنظر : أحمد سلامه ، السابق ط ٢ (١٩٦٢) رقم ١٧٦ ص ٣٩١-٣٩٢ .
وقد أيد البعض هذا النظر كذلك من أن الطلاق لا يقع بارادة الزوج المنفردة ، بل لابد من صدور الحكم به ، على أساس أن يمين الطلاق عند المسلمين أمر يتعلق بالعقيدة الدينية للزوج المسلم ، ولهذا يصعب أن ينسحب هذا الحكم على أشخاص لايدينون أصلا =

وبالاضافة إلى هـذا فإن القول بغير ذلك يؤدى إلى زعزعة الأسر ، إذ قد يكون تحقق الفرد مخالفا للقانون ، ويتوهم أنه طلق فإذا به مرتبط بالزوجية [1].

هذا عن الاتجاه الأول ، وهو يرى أن تطبيق الشريعة الاسلامية على غير المسلمين ، الذين يدينون بالطلاق ، لا يكون إلا بعد أن يقرر القضاء ذلك ، وأنه إذا كان هذا هو ما تقتضيه الضرورة العملية فانه هو ما يقتضيه قول المشرع « تصدر الأحكام » فى منازعات الأحوال الشخصية . . مما يستدعى أن يكون التطبيق على يد القضاء . ومؤدى ذلك هو جعل الطلاق لا يقع بإرادة الزوج إلا بعد أن يقرر القضاء ذلك ومن تاريخ الحكم لا من تاريخ سابق [2] و [3] .

= بالعقيدة التى تستند إليها تلك القاعدة (أنظر الدكتور جمال مرسى بدر فى التعليق على الأحكام بمجلة الحقوق التى تصدرها كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية السنة السادسة ١٩٥٥–١٩٥٦ العدد الثالث والرابع ص ٢٠٧ وما بعدها .

(١) أحمد سلامه ، السابق ص ٣٩٢ وهامش ٢ من الصفحة نفسها .

(٢) أنظر مع ذلك حلمى بطرس ، السابق ، ص ٦٩ — ٧٠ ، وهو يرى أن الطلاق بعبارة الرجل وحدها ممنوع لدى جميع المسيحيين ، وأنه يلزم صدور حكم به من القضاء ، إذ أن جميع الطوائف لا تعرف الطلاق وإنما تعرف التطليق الذى يتم على يد القضاء .

(٣) وفى تأييد هذا الاتجاه الأول والذى ذهبنا إليه من قبل ، صدرت فتوى من مجلس الدولة تقرر فيها « إن المشرع عندما نص على أن الشريعة الاسـلامية هى القانون الواجب التطبيق على منازعات الأحوال الشخصية عند اختلاف ملة الخصوم ، لم يقصد غير تعيين القانون واجب التطبيق على المنازعات الخاصة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين مختلفى الملة ، ولم يقصد بذلك النص أن يخول للزوجين غير المسلمين المختلفى الملة الحق فى إيقاع الطلاق وفقا للشريعة الاسلامية بغير الالتجاء إلى القضاء ، لأنه ناط بالقضاء تطبيق الشريعة الاسلامية على منازعاتهم لكى يقف على شروط تطبيقها ، ويتوافر على صحة هذا التطبيق » (إدارة الفتوى والتشريع لوزارتى الخارجية والعدل ، فتوى رقم ٢٢٤ فى نوفمبر ١٩٥٧ فى مجموعة المبادىء القانونية التى تضمنتها فتاوى القسم الاستشارى للفتوى والتشريع بمجلس الدولة — المكتب الفنى س ١٢ من أول أكتوبر ١٩٥٧ إلى آخر سبتمبر ١٩٥٨ قاعدة رقم ٣٠ ص ٤٩) .

أما عن الاتجاه الثـانى ، فانه يجعل للزوج أن يطلق بإرادته المنفـردة ويقع الطلاق من تاريخ إيقاعه ، حتى ولو كان هناك نزاع أمام القضاء . فلا يلزم أن يقع الطلاق أمام القاضى . بل إنه حتى إذا أثير نزاع أمام القضاء حول وقوع الطلاق أو عدم وقوعه ، فانه يقع من تاريخ إيقاعه متى تبين للمحكمة أن شروط انطباق شريعة غير المسلمين لم تـكن متوافرة حيث يثبت الاختصاص للشريعة الاسلامية . أما إذا أثير النزاع وتبين للقضاء أن شروط تطبيق شريعة غير المسلمين كانت متوافرة ، فإن معنى هذا أن الطلاق لم يقع صحيحا وبالتالى لا يعتد به ، أى يعتبر أن « الطلاق لم يقع ، لأنه أوقع فى وقت كان الزوجان غير خاضعين للشريعة الاسـلامية ، أى فى وقت لم يكن الزوج يملك فيه إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة » [1] .

هذان هما الاتجاهان اللذان قيل بهما فى هذا الصدد ، والواقع أنهما يتفقان فى أنه يلزم أن يعرف أولا أن الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق ، حتى يكون لغير المسلم إيقاع الطلاق بارادته ، وإذا كان الرأى الأول يخول له هذا الحق بعد التيقن من أن هـذه الشريعة هى الواجبة التطبيق ، فان الرأى الآخر يخول له هذا الحق طبق مشيئته ، حتى ولو لم يحصل مثل هذا التيقن ، مما يؤدى إلى هذه النتيجة الغريبة التى يصـل إليها ، وهى أنه إذا حصل نزاع حول حق الزوج فى إيقاع الطلاق بعد أن أوقعـه ، فاننا نقر الطلاق أولا نقره ، بحسب ما إذا تبين أن الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق أو أنها ليست كذلك . وهذا يوقع الزوج فى الحرج لو قيل بأنه يكون له مثل هذا الحق ، بعد أن يكون قد أوقعه ، ثم يتصرف على هذا الأساس ، أى على أساس أنه صار غير متزوج ، فيسارع إلى التزوج بأخرى مثلا . ويرى نفسه بعد ذلك وقد ألغى طلاقه السابق وأن زواجه الأول لا زال قائما .

---

(١) إيهاب اسماعيل : أصول الأحوال الشخصية ، السابق رقم ١٦٦ ص ٢٧٨ .

حقا إن فى هـذا زعزعة للأسر ، كنا فى غنى عنه لو تحققنا أولا أنه كان من حقه على وجه اليقين ، إيقاع الطلاق بارادته .

ولهذا نرى أن يفرق فى هذا الصدد بين صورتين : صورة ما إذا قام نزاع حول تطبيق الشريعة الدينية لغير المسلمين ، أو الشريعة الإسلامية [1] ، وصورة ما إذا لم يكن هناك نزاع حول تطبيق أحكام الشريعة الاسـلامية ، بأن كان تخلف شروط تطبيق شريعة غير المسلمين أمرا واضحا .

وفى الحـالة الأولى لا نرى أنه يكون للزوج أن يوقع الطلاق بارادته ، وهـــذا هو مايتفق مع الرأى الأول . ذلك أنه متى كان هناك نزاع بين الزوجين ، لاينبغى أن نخول أحدهما حقا مترتبا على الفصل فى هذا النزاع .

كما نرى بالاضافة إلى الاسانيد التى سقناها تأييدا لهـذا الرأى أنه ينبغى ألا يخول الزوج إيقاع الطلاق إلا بعـد أن تقضى المحـكمة بعدم توافر شروط تطبيق الشريعة الدينية ، وأن الشريعة الاسلامية هى التى تحكم العلاقة بينهما . ولا يعتد فى هـذه الحالة بأى طلاق يقع إلا من تاريخ هذا الحـكم باعتبار أن الحـكم هنا ينشىء الحقوق ، لا يقررها . فهو الذى يخول لغير المسلم حقوق الزوج المسلم طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية .

أما فى الحالة الأخرى ، حيث لا يقوم هناك أى نزاع بين الطرفين حول تطبيق الشريعة الاسلامية — وهى صورة نادرة من الناحيـة العمليـة ، كما قدمنا [2] — فماذا يكون الحـكم ؛ إذا ثبت ذلك بصفة قاطعة ، كما إذا كان قد

---

(١) ويبدو أن الدكتور أحمد سلامه ، فى تأييده للرأى الأول لم يعرض إلا للصورة التى يكون فيها نزاع بين الطرفين ، فلم يعرض للصوره التى يمكن أن يفيد فيها غير المسلم من أحكام الشريعة الاسلامية . دون أن يكون هناك أى نزاع . وهذا أمر لاينكر . متى كان من المسلم به أن الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق .

(٢) هذا فضلا عما قد يكون فيها من شبهة التحاليل على التخلص من الرابطة الزوجية فى ظل الشريعة الاسلامية ، فقد يسلم الزوجان بتطبيق أحكام الشريعة الاسلامية ، على خلاف الواقع ، ليتوصلا =

صدر من القضاء قبل ذلك حكم فى نزاع زوجى تقرر فيه أن الشريعة الاسلامية هى التى تحكم العلاقة بين الزوجين ، أو كما إذا كان الزوج قد غير ملته أو طائفته بطريقة رسمية لاجدال فيها ، فإنه يكون له أن يفيد من أحكام الشريعة الاسلامية . شأنه فى ذلك شأن أى زوج مسلم ، وبالتالى يكون له أن يطلق بإرادته . فاذا ما نوزع الزوج فى حقه فى إيقاع الطلاق بارادته [1] ، رغم التسليم بتطبيق الشريعة الاسلامية من حيث المبدأ ، ينبغى أن يقضى له بذلك ومنذ تاريخ إيقاعه . إذ لا جدال فى أننا ما دمنا قد ارتأينا تطبيق الشريعة الاسلامية على الزوجين ، وهذا ماهو مسلم به فى الفرض الذى نحن بصدده ، فيجب ألا نجتزىء منها ونطبق بعض أحكامها دون الآخر . وإلا فما هو الفيصل بين ما نطبقه وبين ما نستبعده . وقد نص المشرع فى المادة ٦ من القانون ٤٦٢ على تطبيق الشريعة الاسلامية إذا لم تتوافر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين [2] .

هذا هو ما ينبغى أن نتجه إليه تمشيا مع الرغبة فى الحفظ على كيان الأسر ، وسداً لكل ما قد يترتب على إدعاء الزوج إمكان إيقاع الطلاق بارادته . فاذا كان هناك نزاع حول مبدأ تطبيق الشريعة الاسلامية وتوافر أو عدم توافر

= إلى الطلاق عن طريق الادعاء بالاختلاف فى الطائفة أو الملة نظرا لتغيير أحدهما . ولهذا يجب أن يثبت مثل هذا التغيير بصورة قاطعة لدى الجهة التى يتم أمامها ثبات الطلاق .

(١) والنزاع يختلف عن الحالة الاولى . اذ هنا يسلم بتطبيق الشريعة الاسلامية من حيث المبدأ ، مع عدم التسليم بامكان الطلاق بالارادة المنفردة . أما فى الحالة الاولى ، فان المفروض أن تطبيق الشريعة الاسلامية غير مسلم به من حيث المبدأ نظراً الخلاف حول توافر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين .

(٢) من مذكرة النيابة العامة إلى محكمة الاسكندرية الابتدائية فى القضية ٥٥ لسنة ١٩٥٧ المقدمة لجلسة ٨—٤—١٩٥٨ .

شروط تطبيق شريعة غير المسلمين ، فلا ينبغى أن يفيد الزوج من أحكام الشريعة الاسلامية ، قبل أن يتقرر له ذلك . أما فى الحالة الأخرى حيث لا نزاع حول مبدأ تطبيق الشريعة ، فإنه يكون للزوج أن يفيد من أحكامها مباشرة ، حتى ولو نوزع حول مدى إفادته من تلك الأحكام [1] . والحكم الذى يصدر فى مثل هذا النزاع يعتبر مقررا لحقه ، وبالتالى إذا كان قد أوقع الطلاق قبل النزاع يعتد به من تاريخ إيقاعه .

وهذا هو ما ينبغى أن ينصرف إليه ما اتجهت إليه محكمة النقض ، وما أخذ به القضاء فى هذا الصدد من حيث الاعتراف للزوج بالحق فى إيقاع الطلاق بارادته . فقد عرض نزاع على محكمة النقض ، وكانت الزوجة قد نازعت حق الزوج فى إيقاع الطلاق بالارادة المنفردة ، وطلبت عدم الاعتداد بذلك ، خاصة أنها من المارون الكاثوليك الذين لا يدينون بالطلاق . وقد أيدت المحكمة الاستئنافية [2] الزوجة فيما ادعته ، بل إنها تمادت فأنكرت تطبيق الشريعة الاسلامية بين الزوجين رغم اختلافهما فى الطائفة ، وقررت تبعا لذلك أن « القواعد الموضوعية المشتركة بين ذوى الملة المختلفة هى الواجبة التطبيق وفقا لمذهب الامام أبى حنيفه ، وأن الزواج طبقا لشريعة الملتين اللتين ينتمى إليهما الزوجان هو من الأسرار الذى لا يحل رباطه بمجرد الارادة المنفردة » . ولكن محكمة النقض لم توافق

---

(١) وهذا هو ما ينبغى أن يكون فى هذه الحالة ، حتى يقع الطلاق من وقت إيقاعة بارادة الزوج ، وإلا لو تعلق النزاع بتطبيق أو عدم تطبيق الشريعة الاسلامية من حيث المبدأ ، ما وقع الطلاق إلا بعد الفصل فى هذا النزاع أولا ، والقول بأن الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق .

(٢) محكمة استئناف الاسكندرية فى النزاع رقم ١ السنة ١٩٦٠ . وقد جاء ضمن حكم النقض المذكور (مجموعة المكتب الفنى س ١٤ عددا حكم ٣٧ س ٣٠ ق) .

على هذا وألغت حكم الاستئناف ، وأيدت فى الوقت ذاته حكم المحكمة الابتدائية ، على اعتبار أنه كان من الثابت أن الزوجين مختلفان فى الطائفة وأنهما يخضعان فى منازعات الأحوال الشخصية لأحكام الشريعة الاسلامية التى تجيز الطلاق بالارادة المنفردة ، وخاصة أن الطرفين يدينان بالطلاق ، لأنه كان من الثابت أنهما أرثوذكسيين رغم اختلافهما فى الطائفة (١) .

كما أقرت محكمة النقض موقف المحكمة الابتدائية من اعتبار الطلاق واقعا من وقت إيقاعه . فقد تبين أن الزوج قد أوقع الطلاق فى ١٤/٦/١٩٥٩ ، وأن الحكم الابتدائى الذى أقر بحق الزوج فى إيقاع الطلاق قد صدر فى ٢٠ / ١٢ / ١٩٥٩ ، إذ تبين للمحكمة الابتدائية أن الزوجين مختلفا الطائفة ، وأن الزوجة كانت قد غيرت مذهبها من المارون الكاثوليك إلى الاقباط الأرثوذكس ، وذلك بانضمامها إلى الطائفة الأخيرة بناء على رغبتها وبعد اتخاذ الإجراءات الدينية المتبعة ، وتعهدها بالخضوع لأحكام وتعاليم الكنيسة الأرثوذكسية ، حسب الشهادات التى قدمت للمحكمة ، كما أن الزوج غير طائفته إلى الروم الارثوذكس قبل رفع دعواه بطلب إثبات الطلاق . وبهذا أصبح الطرفان مختلفى الطائفة ، ومن ثم يخضعان لأحكام الشريعة الاسلامية .

(١) والواقع أن النزاع الذى أثارته الزوجة كان ينصرف إلى ناحية واحدة أساسية هى أنه ليس للزوج أن يطلق بإرادته المنفردة ، خاصة أنها لا تدين بالطلاق باعتبار أنها كاثوليكية . وهى بهذا قد أثارت ناحية أخرى ، ناحية عدم صحة تغيير طائفتها ومذهبها إلى الاقباط الأرثوذكس . ويبدو أن محكمة النقض لم تنظر إلى هذا الاعتبار الثانى ، لتعارضه مع ما كان ثابتا من أن تغيير الزوجة لطائفتها ومذهبها قد تم طبقا للاجراءات المطلوبة ، وأنه يعتد به ويرتب أثره .

وكل هذا كان ثابتا بطريقة واضحة ، رغم منازعة الزوجة فى أحقية الزوج فى إيقاع الطلاق بإرادته .

ومن هذا يتضح أن حق الزوج فى إيقاع الطلاق بإرادته كان ينبغى التسليم به منذ البداية نظرا لاختلافه مع زوجته فى الطائفة ، وخاصة أن ذلك قد تبين بطريقة لا خلاف فيها . فاذا نازعت الزوجة فى أمر ثابت مدعية أنها لازالت كاثوليكية لا تدين بالطلاق ، أو أنه ليس لزوجها أن يطلق بارادته ، لاينبغى أن يقبل منها ذلك ، لأن اختلافهما فى الطائفة كان ثابتاً ، وبالتالى تنطبق عليهما أحكام الشريعة الاسلامية لا شرائع كل منهما ، ومن حق الزوج أن يوقع الطلاق بارادته .

وعلى هذا فانه إذا كان من الواضح أن الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق كان للزوج أن يطلق بارادته ، ولايهم ماقد يدعيه أحد الزوجين خلاف ذلك ، متى كان ادعاؤه يخالف ما هو ثابت فعلا . وقد جاء فى حكم النقض السابق أنه « . . ولما كان من الثابت من وقائع الدعوى أن الطاعن ينتمى إلى طائفة الروم الأرثوذكس ، وذلك قبل رفع الدعوى ، وأن المطعون عليها انضمت إلى طائفة الأقباط الارثوذكس قبل زواجها ، أى أنهما مختلفا الطائفة ويدينان بوقوع الطلاق ، فكان يتعين ، تفريعا على ما تقدم ، تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية . . [1] » .

---

(١) وفى اعتقادنا أنه لو لم يكن أمر اختلاف الطرفين فى الطائفة ثابتا بطريقة لا تقبل الشك ، وأن النزاع كان قد أثير أساسا حول هذا الموضوع ، ولم يكن ادعاء الزوجة أنها لازالت كاثوليكية ظاهر فيه عدم الجدية ، ما كانت المحكمة قد وصلت إلى النتيجة التى انتهت إليها ، بل كان يجب عليها أن تقضى بإيقاع الطلاق من تاريخ الفصل فى النزاع ، لا من تاريخ سابق .

ولانعتقد أن قضاء المحاكم الأخرى[1] إذا كان يقر تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية ، ويجعل للزوج غير المسلم أن يطلق بارادته ، ولو دون عرض الأمر على القضاء ، يقصد الخروج على هذا . إذ يتعين أولا أن يكون أمر تطبيق الشريعة الاسلامية مسلما به ، قبل القول بأن له أن يطلق بارادته . فاذا كان الأمر مسلما به أو اتضح هذا من ظروف لا تقبل الشك ، فلا يكون للزوجة أن تدعى أن ليس للزوج أن يطلقها بارادته استناداً إلى الاحكام الموضوعية في الشريعة الاسلامية .

نخلص مما سبق أنه ينبغى أن نفرق بين حالتين عند تطبيق الشريعة الاسلامية على غير المسلمين : حالة ما إذا كان هناك نزاع حول مبدأ تطبيق هذه الشريعة أو عدم تطبيقها ، وفى هذه الحالة ينبغى أن يعرض الأمر على القضاء ليقرر ما إذا كانت هذه الشريعة واجبة التطبيق ، ومتى تقرر ذلك كان للزوج أن يفيد من أحكامها ويطلق زوجته بعبارته . وحالة ما إذا كان تطبيق الشريعة الاسلامية غير متنازع فيه من حيث المبدأ ، حيث يكون للزوج أن يستفيد مباشرة من أحكامها فيطلق ، ويقع طلاقه من وقت إيقاعه .

---

(١) أنظر حكم الاسكندرية الابتدائية فى القضية رقم ٥ س ١٩٥٧ فى ١٩٥٧/٢/٢٦ القاهرة الابتدائية فى ١٤ / ٤ / ١٩٥٧ رقم ١٣١٨ س ٥٦ فى صالح حنفى ٢ ص ٢١٢ رقم ٣/٢٥١ . استئناف الاسكندرية فى ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ قضية ٢ س ١٩٥٩ (غير منشور) . وقد جاء بهذا الأخير إن « للزوج أن ينفرد بايقاع الطلاق بزوجته ، وأن يرفع قيد الزواج بمجرد صريح قوله . ولاشأن فى ذلك بعقيدة الزوج ، سواء كان مسلما أو غيرمسلم ، لأنه يستعمل حقا من الحقوق الناشئة عن تطبيق الأحكام الموضوعية للشريعة الاسلامية فى خصوص الطلاق » . ولاشك أن تخويل المحكمة هذا الحق للزوج يفترض أولا تسليمها بأن الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق . ثم أنظر كذلك مذكرة النيابة العامة إلى محكمة الاسكندرية الابتدائية فى القضية ٥٥ س ١٩٥٧ المقدمة لجلسة ٨ ـ ٤ ـ ١٩٥٨ وهى التى حصل فيها الاستئناف السابق .

٧٥ – مكرر – حكم المرتد : يعرض فقهاء الشريعة الإسلامية للاحكام المتعلقة بالمرتد أو المرتدة عن الإسلام ، وما كان الأمر يستدعى أن نعرض له فى مجال دراستنا لولا أن من المنازعات بين غير المسلمين ما يثار بشأنه الكلام عن المرتد الذى يترك الاسلام إلى ديانة أخرى كالمسيحية مثلا ، ويتزوج بزوج مسيحى يتحد معه فى الطائفة والملة ، ثم يثار بينهما نزاع يعرض على القضاء وبالتالى يثور الكلام حول تطبيق الشريعة المسيحية أو تطبيق أحكام المرتد فى الشريعة الاسلامية فى صدد هذه الحالة .

والمرتد هو من رجع عن الإسلام ، سواء كان مسلما من البداية أو كان مسيحياً دخل الاسلام ثم عاد ثانية إلى المسيحية[1]. وحكم الشريعة الاسلامية بشأنه أنه لا ملة له ، دمه مهدر ، ويستحق عقوبة القتل ، وأن زواجه باطل ، كما يبطل كل زواج يعقده . فليس له أن يتزوج بمسلمة أو بغير مسلمة . ولو كانت مرتدة مثله ، إذ الزواج يعتمد الملة ، ولا ملة له . كما أنه لا يقر على أى دين يعتنقه ولو كان دينا سماوياً . هذا هو حكم الشريعة الاسلامية فى شأنه[2].

وقد عرضت إشكالات خاصة بالمرتد على القضاء عندنا ، وخاصة بعد إلغاء

(١) هذا ولما كان الولد يتبع خير الأبوين دينا ، فانه إذا كان أحد أبويه مسلما ، اعتبر مسلما حتى السن التى يفقه فيها الأديان ، وهو سن التمييز أو البلوغ مع العقل . فاذا بلغ واختار غير الاسلام ، فهو مرتد (فتح القدير ، الجزء الثانى ص ٥٠٥ ، الهداية ، جزء أول ص ١٥٩ ، شرح الكنز ، جزء أول ص ١٣٤ — انظر الاسكندرية الابتدائية رقم ٣٢٦ س٩٥٦ كلى فى ٧-١٠ – ١٩٥٦ صالحنفى جزء ٢ رقم ٧٤ ص ٨٦–٨٧) . هذا ورأى جمهور الأئمة أن الولد يتبع المسلم من والديه إذا لم يكن بالغا . فاذا كان بالغا كبيرا يترك لاختياره .

(أنظر الاستاذ بدران أبو العينين بدران . العلاقات الخاصة بين المسلمين وغيرالمسلمين ، ص١٥٤ – ١٥٨) .

(٢) أنظر بدران أبو العينين ، السابق ص ١١٤ وما بعدها حتى ١١٧ – ١٢٠ .

جهات القضاء الملى ، فانقسمت المحاكم بالنسبة لها . فمن المحاكم ما طبق أحكام الشريعة الاسلامية وقرر أن المرتد لادين له ، وأن عقد زواجه باطل لا يترتب عليه أثر من آثار الزوجية ، وأنه يجب التفريق بين الزوجين ، وإلا فرق القاضى بينهما[1] .

ومنها ما قرر صحة الزواج المرتد ، وتطبيق أحكام الشريعة التى ينتمى إليها متى كان متحد مع الزوج الآخر فى الطائفة والملة[2] .

ويتجه البعض إلى تأييد هذا الفريق الأخير من الأحكام بخصوص الحالة التى عرض لها ، وهى الاتحاد فى الطائفة والملة[3] . وهذا الاتجاه فى الواقع

---

(١) أنظر استئناف المنصورة دائرة الزقازيق فى ٢٨-٥-١٩٥٨ رقم٥ س١٩٥٨ك، صالح حنفى ٢ رقم٦٩ ص٨٣ . وكذلك الاسكندرية الابتدائية فى ٧-١٠-١٩٥٦ رقم٣٢٦ س٥٦ كلى، صالح حنفى ٢ رقم٧٤ ص٨٦-٨٧ . وكذلك حكم القاهرة الابتدائية فى ٢٧-٤-١٩٥٨ رقم ٤٠٤ س ١٩٥٨ فى المرجع السابق رقم ٨٧ ص٩٣ . وكذلك الرمل الجزئية رقم٨٧٥ س ٥٧ فى ١١ – ٨ – ١٩٥٨ صالح حنفى جزء ٢ رقم ٢٩٨ ص ٢٣٦ .

ومن الأحكام ما رتب على ذلك منع الميراث بين المرتد وأقاربه ، فلا يرث المرتد غيره إطلاقا ، سواء والده أو غيره (القاهرة الابتدائية فى ١٨ – ٢ – ١٩٥٧ رقم ٨٦٧ س ١٩٥٨ ك — صالح حنفى ٢ رقم ٨٥ ص ٩٣ . وكذلك استئناف الاسكندرية فى ٣٠ – ٦ – ٥٦ رقم ٢٥ س ١٢ ق شرعى فى المرجع السابق رقم ٦٨ ص ٨٣) .

(٢) أنظر الأحكام التى أوردها إهاب اسماعيل فى كتابه : أصول الأحوال الشخصية ، السابق ، ص ١٣٣ هامش ١ وهى كلها صادرة من القاهرة الابتدائية فى ٥ – ٣ – ١٩٥٩ ، وفى ١٢ – ٤ – ١٩٥٩ وفى ١٧ – ٥ – ١٩٥٩ .

وعلى ذلك إذا لم يكن المرتد متحدا مع الآخر فى الطائفة والملة ، وثار بينهما نزاع طبقت أحكام الشريعة الاسلامية ، وهى فى هذا الصدد لاتعتد بالردة ، وتجعل من الزواج الذى أبرمه المرتد زواجا باطلا .

(٣) أنظر إهاب اسماعيل ، المرجع السابق رقم ٧٣ ص ١٢٦ وما بعدها . أحمد سلامه الطبعة ٢ ص ٣٩٣ بالهامش . والواقع أن ما يعرض له الفقه المؤيد لهذا القضاء هو حالة ما إذا صار المرتد بعد ردته ، متحدا مع الطرف الآخر فى الطائفة والملة ، وتوافرت شروط تطبيق=

هو ما تسانده أحكام القانون ، كما تسانده فكرة حرية العقيدة ، رغم عدم اتفاقه مع حكم الشريعة الاسلامية . ذلك أنه إذا كان المشرع يعتد باتحاد الأفراد فى الطائفة والملة وقت رفع الدعوى لكى يطبق شريعتهم الملية ، فانه يعتد بأى تغيير يحصل قبل رفع الدعوى ، سواء كان التغيير إلى الإسلام أو إلى غير الاسلام . إذ لا يفرق بين تغيير إلى الإسلام أو إلى غيره . وهذا ما يفهم من نص المادة السابعة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على نحو ما قدمنا فى حينه . ولا يمكن إنكار ذلك . فمفهوم المادة سالفة الذكر يؤدى إذن إلى الاعتداد بالتغيير إلى أى دين أو ملة قبل رفع الدعوى . ومن ناحية أخرى ، فان الدستور قد كفل حرية العقيدة للأفراد ، سواء كان ذلك إلى الاسلام ، أم إلى غير الاسلام . فكفالة حرية العقيدة ليست لدين معين فقط دون سائر الأديان الأخرى[1] .

هذا هو ما يفهم من نصوص القانون الوضعى ، وهو ما يوصلنا إلى نتائج مغايرة لحكم الشريعة الاسلامية ، على الأقل فى الحالة التى عرضنا لها ، وهى حالة اتحاد الطرفين (وأحدهما مرتد) فى الطائفة والملة . إذ أن ما يطلب تطبيقه من القضاء

= الشريعة التى ينتميان إليها . ولهذا فاننا لا نعتقد أن تأييد هذا الرأى يعنى عدم تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فى حالة اختلاف المرتد فى الطائفة والملة مع زوجه بعد الردة ، ومن بين أحكام الشريعة الاسلامية الأحكام الخاصة بالمرتد ، والتى تقضى بالتفريق بينه وبين زوجة فلا يقر على زواج .

(١) أنظر كذلك إيهاب اسماعيل ، المرجع السابق والمكان نفسه ، وفتوى مجلس الدولة لقسم الرأى المجتمع ، مجموعة مجلس الدولة لفتاوى قسم الرأى س ٦ و٧ (١٩٥١ — ١٩٥٢) قاعدة رقم ٣٤ ص ١١١ — ١١٢ فتوى رقم ٥٨٢ هى تؤيد هذا الرأى أيضا ، نظرا لأن تطبيق أحكام المرتد فى الشريعة الاسلامية لا يستقيم مع إطلاق الحريات فى الحريات فى العصر الحديث بما فيها حرية الاعتقاد . وأن حرية الاعتقاد فى ذاتها مطلقة لا قيد عليها . وأن عبارة غير المسلمين الواردة فى قانون التوثيق (رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧) « تشمل كل من لا يدين بالاسلام ، سواء كان مرتدا أو مؤمنا بدين آخر يعترف به ، أو غير مؤمن بأى دين .. » .

هو قواعد الملة التى يتبعانها فى النزاع المعروض . وقد يصل الطرفان إلى ذلك دون أن تثار مسألة الردة على الاطلاق من الناحية العملية . أما خارج الحالة التى يتحد فيها الطرفان ، على النحو السابق ، فى الطائفة والملة ، فانه يتعين تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية ، ومن بينها الاحكام المتعلقة بالمرتد فيما يتعلق بابطال زواجه . إذ أن هذه الاحكام لا زالت قائمة ويعمل بها ، كما يعمل بالآثار الأخرى التى تترتب على الردة كالمنع من الميراث .[1]

٧٦ — **خاتمة الكتاب الاول** : انتهينا بذلك من القسم الأول من دراستنا حددنا فيه المقصود بالأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين : فبينا أولا ما هو المقصود بالأحوال الشخصية ، كما حددنا المقصود بغير المسلمين من المصريين ، وانتهينا إلى أن تحديد نطاق الأحوال الشخصية ، وتحديد غير المسلمين من المصريين يعتبر أمراً لازما للتوصل إلى تطبيق شريعة غير المسلمين فى المسائل التى تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية . وقد أدى بنا ذلك إلى التعرض لما يعتبر شريعة عند غير المسلمين ، ثم لبيان ما هى الشروط اللازمة لتطبيق هذه الشريعة ، وماذا يترتب على تخلف تلك الشروط من آثار ، سواء من حيث الاختصاص القضائى أم من حيث الاختصاص التشريعى .

كل هذه المسائل المترابطة عرضنا لها بالدراسة قبل أن نعرض لدراسة الأحكام الموضوعية فى شرائع غير المسلمين من المصريين ، لأنها فى الواقع تعتبر أساساً تقوم عليه دراسة مادة الأحوال الشخصية لغير المسلمين من

---

(١) حقا إن أحكام الردة لاتطبق من الناحية العملية من حيث قتل المرتد إذا كان رجلا ، أوحبسه حتى يموت إذا كانت إمرأة . ولكن لامانع من تطبيق الآثار التى تترتب على الردة فى النطاق الذى تطبق فيه الشريعة الاسلامية ، فى مجال الأحوال الشخصية وهو المجال الذى تعتبر الشريعة الاسلامية فيه مصدرا أصليا خاصا من مصادر القانون .

المصريين بصفة عامة . فكل نزاع يعرض فى هذا الصدد ، سواء بين مسيحيين أم بين يهود على اختلاف مللهم ونحلهم ، لابد أن يعرف فيه أولا : هل هو من المسائل الداخلة فى نطاق الأحوال الشخصية التى حددناها ، أم أنه ليس كذلك ؛ إذ يترتب على اعتبارها داخلة فى هذا النطاق أو ذاك آثار قانونية هامة ، لأنها لو اعتبرت من مسائل الأحوال الشخصية ينبغى أن تطبق فى شأنها الشريعة الخاصة بغير المسلمين ، إذا توافرت شروط تطبيقها ، وإذا لم تعتبر كذلك فانها تخضع للقواعد القانونية الأخرى المدنية أو غيرها . . . وكذلك لابد أن نعرف ما إذا كان أطراف النزاع من غير المسلمين المصريين على التحديد الذى أوضحناه . وإلا إذا تعلق النزاع فى مسألة من مسائل الأحوال الشخصية بمسلمين ، أو بغير مسلمين لكن من غير المصريين (أجانب) ، فان الحكم يختلف ، إذ تطبق الشريعة الاسلامية أو يطبق القانون الشخصى بالنسبة للأجانب . .

وكان لابد كذلك أن نعرف ماذا يعتبر شريعة عند غير المسلمين المصريين وما هى الشروط المستلزمة لتطبيق هذه الشريعة ، إذ أن توافر هذه الشروط أو تخلفها تترتب عليه آثاره ، لأن هذا سينتهى بنا إما إلى تطبيق شريعتهم ، وبذلك تبدو الحاجة إلى معرفتها ، وإما إلى الامتناع عن تطبيقها وتطبيق الشريعة الاسلامية .

كل هذه المسائل الرئيسية التى عرضنا لدراستها ، وما يتصل بها من مسائل وتفريعات كانت أموراً لازمة . بل يمكن القول إنها تعتبر بمثابة النظرية العامة لدراسة الأحوال الشخصية لغير المسلمين . ولا يمكن الاستغناء عنها كلما تعلق الأمر بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين بصفة

عامة ، إذ أننا لم نحاول فى دراستنا أن نقف لدى طائفة معينة أو مذهب معين، بل كان هدفنا وضع أسس وقواعد تنطبق على غير المسلمين من المصريين بصفة عامة ، فما يعتبر من الأحوال الشخصية مثلا ، إنما هو عام بالنسبة للمسيحيين وبالنسبة لليهود . وتحديد الشروط اللازمة لتطبيق شريعة غير المسلمين إنما هو عام كذلك بالنسبة للجميع ، إذ يلزم توافر هــذه الشروط فى كل حالة من الحالات التى تعرض فى مسائل الاحوال الشخصية ، سواء تعلق الأمر بمسيحيين أو يهود كذلك . . وهكذا . ومن ذلك يتبين لنا مدى أهمية دراستنا السابقة قبل أن نعرض للأحكام الموضوعية الداخلة فى نطاق الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين . وقبل أن نداف إلى دراسة تلك الاحكام يتعين علينا أن نذكر بما سبق لنا بيانه فى هذا الصدد من المسائل التى تدخل فى نطاق الاحــوال الشخصية بالنسبة للمصريين . فقد رأينا أن ما يدخل فى نطاق الأحـوال الشخصية يكاد يقتصر على المسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج ، وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبــادلة ، والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والاقرار بالابوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة بين الأقارب والأصهار ، وتصحيح النسب والتبنى .

وستكون هذه المسائل موضوع دراستنا فى الـكتاب الثــانى المخصص لدراسة الأحكام الموضوعية فى مسائل الأحوال الشخصية لدى غير المسلمين ، وهى ترد بصفة عامة إلى طائفتين رئيسيتين من المسائل هما : الزواج وما يتصل به ، والقرابة .

الكتاب الثاني

الأحكام الموضوعية في مسائل الأحوال الشخصية لدى غير المسلمين من المصريين

الباب الأول

الزواج وما يتصل به فى شرائع غير المسلمين من المصريين

تمهيد

٧٧ – تنظيم الشرائع السماوية للزواج وحثها عليه :

عنيت الشرائع السماوية بتنظيم الزواج عناية خاصة تبدو فيما جاء بشأنه فى الكتب السماوية سواء فى التوراة أم فى الانجيل أو فى القرآن . وقد حرصت تلك الشرائع على تنظيمه فأحاطته باهتمام وعناية فى جميع مراحله ، بل إن عنايتها بتنظيمه لم تقف عند المرحله التى ينشأ فيها ، أى المرحلة التى تقوم فيها العلاقة بين الزوجين ، ولكنها امتدت إلى ما قبل ذلك ، بل وحتى إلى ما بعد انتهاء رابطة الزوجية . ذلك أن تلك الشرائع قدرت ما للزواج من أهمية اجتماعية خاصة ، فحرصت على أن يكون اختلاط الرجل بالمرأة اختلاطا مشروعا ، ولهذا تدخلت بفرض إجراءات معينة من شأنها تنظيم العلاقة بينهما عن طريق الزواج ، وحرمت كل علاقة جنسية بين الذكر والأنثى خارج نطاقه .

هذا التنظيم الذى به الشرائع جاءت السماوية لا يهدف إلا إلى خير الإنسانية ومصلحة المجتمع البشرى . وخير سبيل لتحقيق ذلك هو إقامة دعائم الأسرة التى هى نواة المجتمع عن طريق الزواج ؛ فالزواج لا يهم الفرد وحده ، ولكنه يهم الجماعة بأسرها ، لما له من أثر فى الابقاء عليها ؛ لأن بقاء الجنس

البشرى يتوقف على ضرورة اتصال الرجل بالمرأة على وجه يتحقق معه التناسل . ولما كان هذا الاتصال يمكن أن يتم فى أية صورة من الصور ، وقد يكون من تلك الصور ما لا يليق بالانسانية ، لذلك كان لابد من تنظيمه عن طريق الزواج ، إذ به تصبح الزوجة مقصورة على زوجها ، فيكون الولد معروف النسب ، يشمله أبواه بالعطف والرعاية؛ وهما يؤديان بذلك للإنسانية وللمجتمع خدمة لا تعد لها أية مقاصد مادية أخرى يهدف إليها عن طريق الزواج ؛ وهذا فى الواقع هو ما يبرر تدخل الشرائع المختلفة فى تنظيم الزواج ؛ فهى تتدخل فى تنظيمه رعاية لمصلحة عليا تمس كيان المجتمع ، وليس لشهوات الأفراد المادية عن طريق إشباع الغرائز . فبالزواج تقام أسرة جديدة وتخلق خلية حية فى المجتمع، ولهذا فان الهيئة الاجتماعية فى كل جماعة من الجماعات التى وصلت حتى ولو إلى قدر ضئيل من المدنية ، تتدخل لتنظيم الزواج ، واضعة نصب أعينها فى هذا التنظيم ألا يضحى الأفراد بالصالح العام فى سبيل نزواتهم الشخصية وغرائزهم المادية[1] .

وإذا كان القرآن الكريم قد أبان عن نعمة الزواج وضرورته فى مواضع شتى ، فان الشريعة الموسوية والشريعة المسيحية قد أبانتا كذلك عن ضرورته وأهميته منذ بدء الخليقة حينما خلق الله آدم ولم يرد أن يبقى وحده ، فوضع له سنة الزواج مبينا أنه لا يحسن أن يكون الانسان وحده ، وأنه فى حاجة إلى امرأة لتكون له عونا ، وذلك حيث يقول : « ليس جيدا أن يكون آدم وحده ،

---

(١) أنظر فى أهمية الأسرة وصلتها بالمجتمع : Jacques Le Clerçq: Leçon de Droit Naturel III, La Famille , 1950 , nos 3 et 4 . p . 31 et s . وانظر كذلك فى حكمة مشروعية الزواج ، وحكمة تشريعه الاستاذ عمر عبد الله ، الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ص١٨ـ٢٠ والدكتور محمد يوسف موسى . الأحوال الشخصية ، السابق ، ص٢٧-٤٠.

فاصنع له معينا نظيرة »[١]. ولكى يظهر الله منزلة المرأة ومكانتها لدى الرجل بين بعد ذلك كيف أنه استلها من أضلاع آدم وهو نائم، فسر آدم بوجودها، وقال « هذه الآن عظم من عظامى ولحم من لحمى، هذه تدعى امرأة لأنها من امرىء أخذت . لذلك يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكونان جسداً واحداً »[٢].

وقد حثت الشريعة الموسوية على الزواج والتناسل، فجاءت التوراة تأمر بذلك بقولها: « فأثمروا أنتم وأكثروا وتولدوا فى الأرض وتكاثروا فيها»[٣]، حتى أن جمهور الربانيين قد ذهب إلى أن ذلك إنما هو على سبيل الأمر، وأن من لا يعنيه الزواج كان بمنزلة السفاح، أى سفاك الدماء، ويكون كذلك بقدر ما يضن به أو يهدره من النسل. ولهذا قالوا بفرض الزواج شرعا على كل إسرائيلى، فنصت المادة ١٦ من كتاب الأحوال الشخصية لابن شمعون على أن « الزواج فرض على كل إسرائيلى » . كما قيل أيضا إن من عاش عزبا، كان سببا فى غضب الله على بنى إسرائيل[٤].

وقد اهتمت الديانة المسيحية كذلك بالزواج، وجعلته من المقدسات الدينية وأعادت شريعته إلى وضعها الأول، بعد أن تخطى اليهود حدود هذه

(١) سفر التكوين، الاصحاح ٢ لآية ١٨ .
(٢) سفر التكوين . الاصحاح ٢ . أنظر الآيات ٢١ وما بعدها .
(٣) « « « ٩ الآية ٧ .

(٤) أنظر فى فرض التناسل : مراد فرج . القراؤن والربانيون . السابق ص ١٤٧-١٤٨ ومع ذلك . فقد يكون الزواج مكروها عند اليهود . من ذلك ما نصت عليه المادة ٢٠ من كتاب الأحوال الشخصية لابن شمعون من أن « عقد الرجل على الزوجة من غير أن يراها مكروه » . وما نصت عليه المادة ٢١ من أن « . . . زواج الشيخ بصبية وزواج العجوز بصبى زواج مكروه » .

الشريعة ، لدرجة أن شريعة موسى أباحت لهم تعدد الزوجات بسبب قساوة قلوبهم ، فمنع المسيح تعدد الزوجات ، وحرم الطلاق كقاعدة عامة . ولما سمع الفريسيون[1] بتعاليم المسيح جاءوا إليه ليجربوه قائلين له : « هل يحل للرجل أن يطلق امرأته لكل سبب ؟ فأجاب وقال لهم أما قرأتم أن الذى خلق من البدء خلقهما ذكراً وأنثى ، وقال : من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسداً واحداً . إذاً ليسا بعد اثنين ، بل جسد واحد . فالذى جمعه الله لايفرقه إنسان . قالوا له : فلماذا أوصى موسى أن يعطى كتاب طلاق فتطلق ، قال لهم إن موسى من أجل قساوة قلوبكم أذن لكم أن تطلقوا نساءكم . ولكن من البدء لم يكن هكذا .. [2] »

وهكذا نجد الشريعة المسيحية هى الأخرى قد عنيت بتنظيم الزواج ووضع أسسه ، وأسس العلاقة بين الزوجين ، وحقوق كل منهما وواجباته نحو الآخر ، وحثت على أن يوفى « الرجل المرأة حقها الواجب وكذلك أيضا الرجل » ، كما بينت أنه بالزواج يحل للرجل التمتع بامرأته وللمرأة التمتع بزوجها . وأن هذا حق قاصر عليهما دون غيرهما ، إذ ، « ليس للمرأة تسلط على جسدها بل للرجل ، وكذلك الرجل أيضا ليس له تسلط على جسده بل للمرأة »[3] . وغير ذلك من الآيات المنظمة لشئون الزواج والعلاقة بين الزوجين .

وقد حثت المسيحية كذلك على الزواج والتناسل ، وإن كانت قد آثرت

---

(١) وهم أصحاب المذهب المتزمت فى الشريعة الموسوية من العلماء بأحكامها (حلمى بطرس السابق ، ص ٩٤) .

(٢) انجيل متى . الاصحاح ١٩ . الآيات ٣ وما بعدها .

(٣) رسالة بولس الأولى إلى أهل كورنثوس . الاصحاح ٧ الآيات من ٢ إلى ٤ .

عليه التبتل ، إذا استطاع الشخص أن يضبط نفسه ويكبحها عن الشهوات ، ولكن، كما قال المسيح « ليس الجميع يقبلون هذا الكلام بل الذين أعطى لهم لأنه يوجد خصيان ولدوا هكذا من بطون أمهاتهم . ويوجد خصيان خصاهم الناس . ويوجد خصيان خصوا أنفسهم لأجل ملكوت السموات . من استطاع أن يقبل فليقبل » [١] . ويقول بولس الرسول فى رسالته الأولى إلى أهل كورنثوس [٢] : « ولكن أقول لغير المتزوجين وللأرامل إنه حسن لهم إذا لبثوا كما أنا ، ولكن إن لم يضبطوا أنفسهم فليتزوجوا . لأن التزوج أصلح من التحرق » . ويقول أيضا : « وأما الأمور التى كتبتم لى عنها ، فحسن للرجل ألا يمس امرأة . ولكن لسبب الزنا ، ليكن لكل واحد امرأته وليكن لكل واحدة رجلها » [٣] . وهكذا يبين لنا أن المسيحية إذا كانت تحث على الزواج والتكاثر إطاعة لأمر الله حين يقول « أنموا وأكثروا » ، فانها تفضل البتولية إذا استطاع الشخص كبح جماح شهوته ، لأن « غير المتزوج يهتم فى ما للرب كيف يرضى الرب . وأما المتزوج فيهتم فى ما للعالم كيف يرضى امرأته» و « أن بين الزوجة والعذراء فرقا ؛ غير المتزوجة تهتم فى ما للرب لتكون مقدسة جسداً وروحاً . وأما المتزوجة فتهتم فى ما للعالم كيف ترضى رجلها » . هذا هو ما تتجه إليه المسيحية ، وعندها أن « من زوج فحسنا يفعل ومن لا يزوج يفعل أحسن [٤] » . والمهم فى كل هذا هو القدرة على صيانة النفس فى حالة عدم التزوج .

---

(١) انجيل متى ، الاصحاح ١٩ الآيات ١١—١٢ .
(٢) الاصحاح ٧ الآيات ٨ وما بعدها .
(٣) الاصحاح السابق ، آيات ١ و ٢ .
(٤) أنظر الاصحاح السابق . الآيات من ٢٥ إلى آخر الاصحاح .

٧٨ ـ التعريف بالزواج في الشريعة المسيحية : وإذا أردنا أن نعرف الزواج فى الشريعة المسيحية نجد أن الخلاف يثور حول طبيعته وما إذا كان عقداً (contrat) أم نظاما قانونياً (institution) . ويعرف فقهاء الشريعة الاسلامية الزواج بأنه « عقد يفيد ملك المتعة قصداً » ، أى يراد به حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع ، ويجعل لكل منهما حقوقاً وواجبات على الآخر[١] . ويبين من هذا التعريف أن الزواج عقد . ويتجه فريق من الفقهاء إلى تعريف الزواج فى الشريعة المسيحية بأنه عقد بمقتضاه يتفق رجل وامرأة على أن يرتبطا من أجل المعيشة المشتركة بينهما ، ومن أجل أن يتبادلا المعونة والرعاية لخيرهما المشترك ، وذلك فى حدود ما يقضى به القانون[٢]. فهذا الفريق يبرز الجانب التعاقدى فى الزواج ويضعه فى المقام الأول . ويتجه جانب آخر من الفقه إلى إبراز العلاقة أو الحالة التى يكون فيها كل من الرجل والمرأة مرتبطين بالزواج ، فيعرفون الزواج بأنه ارتباط الرجل والمرأة ارتباطاً يقصد منه إنشاء أسرة : هذا الارتباط يقره القانون ويرتب عليه آثاراً قانونية ، لما له من طابع أخلاقى ، ومن أهمية اجتماعية[٣] .

= وانظر فى هذا أيضا : La Mariage Crétien, Par Le Chanoine Pierre Fourneret 5ç éd . 1925 p · 8 - 11

انظر كذلك : Le Chanoine De Smet ; Les Fiançailles et le Mariage (traduction française) 1912, P. 72 ets.

(١) الدكتور محمد يوسف موسى . السابق فقرة ٣٨ ص ٣٧ وانظر فى تعريف الزواج كذلك . الأستاذ عمر عبد الله السابق ص ١٦ — ١٧ .

(٢) انظر الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى : دروس فى الاحوال الشخصية لغير المسلمين ، الجزء الأول عن الزواج فى القانون الفرنسى ، ص٨ وانظر أيضا ، جميل الشرقاوى ، الأحوال الشخصية للأجانب (سنة ١٩٥٨) فقرة ٥ ص ١٩ .

(٣) أنظر فى هذا التعريف : Planiol- Ripert et Boulanger : Traité élémentaire de droit civil 5e éd· 1950, t, I,n· 730 p 282 ·

وانظر أيضا: Anbry et Rau, Droit civil Françis, 6e éd., .- 7· 1948 no· 459, p· 9

والواقع أن الزواج إذا عرف على أنه « عقد » فينبغى أن يدخل فى الاعتبار أنه ليس عقدا كسائر العقود، إذ أنه لا يشترك مع العقود الأخرى إلا فى تراضى الطرفين القادمين على الزواج ، فالزواج ينشأ من اتفاق إرادتين تتجهان إلى إحداث آثار قانونية ، ولكن فيما عدا جانب التراضى ، يختلف الزواج عن بقية العقود ، لأن القانون يتدخل فى تنظيمه ، سواء من حيث انعقاده أم من حيث آثاره أم من حيث انحلاله ، وفى هذا يختلف الزواج عن غيره من العقود الأخرى، مما جعل جانباً من الفقه يفضل تعريفه بأنه نظام (institution) لا عقد (contrat) . ولذلك إذا قيل إن الزواج عقد ، ينبغى أن يصرف مدلول هذه العبارة إلى أنه ليس كسائر العقود الأخرى ، ولكنه عقد ليس للارادة فيه من دور سوى القبول أو الرفض، وإذا ما ارتضى الطرفان الدخول فى العلاقة الزوجية تولى القانون تحديد ما يترتب على ذلك من آثار .

ويبدو أن المادة ١٤ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس تتجه إلى إبراز الجانب النظامى (institutionnelle) فى الزواج ، فهى لم تعرف الزواج بأنه عقد ، بل عرفته بأنه سر مقدس . . . يرتبط به رجل وامرأة بقصد تكوين أسرة والتعاون على شئون الحياة . فلم يتكلم نص المادة ١٤ عن العقد فى صدد تعريفه للزواج وإن كان قد تكلم عن العقد فى صدد إثبات الزواج إذ قرر أن الزواج يثبت بعقد يجريه الكاهن ، والمقصود بالعقد فى هذه الحالة المحرر الذى يثبت فيه الزواج [1].

---

(١) وإن كانت المادة ١٤ تتكلم عن أن الزواج يثبت بعقد يجريه الكاهن . وأنظر المادة ٤١ والتى تنص على أنه لا يثبت الزواج وما يترتب عليه من الحقوق إلا بتقديم صورة رسمية من عقد الزواج ، وفى حالة ثبوت ضياع أصل العقد أو إتلافه يجوز إثباته بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة . وانظر كذلك المادة ١٥ من مجموعة ١٩٢٨ للأقباط وكذلك المادة ٤٣ المقابلتين للمادتين المذكورتين من مجموعة ١٩٥٥ .

على أنه مهما يكن من أمر تعريف الزواج بأنه عقد أو نظام ، أو عقد ونظام معاً كما يرى البعض[(١)]، فانه لا ينبغى إنكار الصفة التعـــاقدية فى الزواج ، ولا ينبغى القول بأن الطابع التعاقدى فيه يأتى فى المرتبة الثانية ، أو أنه أمر ثانوى إلى جانب الطابع النظامى الذى يوضع فى المرتبة الأولى[(٢)]. فنحن لا نقبل مثل هـذا القول طالما أن الزواج لا يمكن أن يقوم إلا برضا الطرفين وطالما أن التراضى أمر جوهرى لقيامه ، فلا يصح القول بأنه ثانوى . حقاً إنه ليس للأفراد حرية فى تنظيم آثاره أو فى إنهائه ، إلا أن قيامه معلق على رضاهما به . لـكن إذا قيل إن الزواج عقد ، فينبغى أن ندخل فى اعتبارنا أنه عقد من نوع خاص يتدخل القانون فى إنشائه ، وفى تنظيم آثاره ، وفى انحـلاله . على أن يراعى ما قد تنصرف إليه عبارة « عقد الزواج » فى هذا الصدد؛ فقد تنصرف إلى العقد الذى يثبت فيه الزواج ، كما قد تنصرف كذلك إلى الرابطة بين الزوجين ، أو الحالة التى يكون فيها الرجل والمرأة مرتبطين بالزواج . فالواقع أن التسمية أو التعريف بأن الزواج عقد أو أنه نظام لا يغير من الجوهر شيئاً ، وهو أنه لابد من رضا الطرفين فى الزواج حتى تنطبق عليهما الأحكام التى نظمها القانون فى شأن علاقات الأزواج ، وأن حرية الطرفين تنحصر فى هذا الصدد فى قبول الزواج أو رفضه .

٧٩ - بعض مسائل عامة عن الزواج المسيحى : هناك بعض المسائل العامة التى يتميز بها الزواج المسيحى ، نجملها فيما يلى :

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى : السابق ، ص ٩ .

(٢) أنظر فى هذا : جاك لكليرك : « La Famille » المرجع السابق ، ص ٤٧ . وانظر بصفة عامة ٦٠ ص ٤١ وما بعدها عن الزواج كعقد والزواج كنظام (Mariage contrat ou mariage - insturion) .

١ـ سر الزواج : (Le sacrement de mariage) : الزواج المسيحى سر مقدس . ولا جدال فى أنه يعتبر من المقدسات الدينية فى المذاهب المسيحية جميعها . ولكن المذهبين الأرثوذكسى والكاثوليكى يذهبان إلى أبعد من ذلك ، إذ هما يعتبران الزواج أكثر من أن يكون علاقة مقدسة ، وأن المسيح قد رفعه إلى مرتبة السر الإلهى ، وهو لذلك يعتبر من الأسرار السبعة التى ترتكز عليها العقيدة المسيحية . وهذا ما قررته المجامع الكنسية ، فقد أعلنت أن السر السابع هو سر الزواج الذى يعتبر رمزاً لاتحاد المسيح والكنيسة .

وقد نصت المادة ١٤ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس على أن « الزواج سر مقدس .. ». كما نصت المادة الأولى من الإرادة الرسولية، بشأن نظام سر الزواج فى الكنيسة الكاثوليكية الشرقية التى أصدرها البابا فى سنة ١٩٤٩ ، على أن « المسيح رفع مقام عقد الزواج بين المعتمدين (وهم المسيحيون الذين نالوا سر العماد : Baptême) إلى مرتبة السر المقدس . ولذا لا يمكن أن يقوم عقد زواج صحيح بين المعتمدين دون أن يكون بالفعل نفسه سرا»[١] هذا عند الأرثوذكس والكاثوليك .

---

(١) ونص المادة الأولى من الارادة الرسولية يقابل المادة ١٠١٢ من القانون الكنسى الغربى . أنظر فى هذا :

Traité de droit canonique (Publié sous la direciton de Raoul Naz) , 1948 t. II, (des sacrements) par Gharles De Clercq, No, 387, p; 282 .

وانظر أيضا : De Smet ، السابق ، ص ١٤٥ وما بعدها ، و Fourneret . السابق ، ص١٤ وما بعدها ، و Jacques Leclercq ، السابق ، ص ٤٩ - ٥٠ . واعتبار الزواج المسيحى سرا على هذا النحو يبين لنا بشكل واضح الطابع الدينى فى الزواج المسيحى. فالزواج سر أقامه المسيح تمنح الارادة الالهية البركة والنعمة إلى من يتقبلونه كما هو الحال تماما بالنسبة للأسرار الأخرى كسر العماد Baptême وسر التثبيت Confirmation وسر الكهنوت L'orbre . . . وإذا كان المسيح قد رفع الزواج إلى مرتبة السر . فانه لاتوجد تفرقة حقيقية بين عقد الزواج نفسه الذى =

أما عند البروتستانت فانهم لا يرتفعون بالزواج إلى مرتبة السر الإلهي وإن كان يعتبر رابطة مقدسة وشركة دائمة بين الزوجين ، وهم يمعنون في تقديس الرابطة الزوجية ، ويرونها أشرف من البتولية ، لأن الله رسم نظام الزواج منذ بدء الخليقة وكرمه حيث جاء في رسالة الرسول بولس إلى العبرانيين « ليكن الزواج مكرماً عند كل واحد ، والمضجع غير نجس »[١] .

٢ — إتمام الزواج عن طريق الكنيسة : هذا ، ولما كان الزواج سرا على النحو السابق ، فإنه يترتب على ذلك أنه لا يتم إلا عن طريق الكنيسة. فبعد أن ذكرت المادة ١٤ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس أن الزواج سر مقدس أفصحت عن ذلك بقولها إن الزواج « يتم بصلاة الإكليل على يد كاهن طبقاً لطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية . . »[٢] . وهذا ما نصت عليه المادة ٨٥ من الإرادة الرسولية بالنسبة للكاثوليك إذ تقرر أنه : « لا يصح زواج إلا إذا عقد برتبة دينية أمام الخوري أو الرئيس الكنسي

= هو الرضا المتبادل بين الطرفين وبين السر ، مادام أن الزواج قد تم طبقا للقانون. ولهذا لا يفصل أحدهما عن الآخر لدرجة أنه لا يمكن أن يكون هناك عقد مشروع بين المعتمدين إلا إذا كان في نفس الوقت سرا . فكل زواج صحيح بين المسيحيين يعتبر سرا في ذاته وبذاته . وغير صحيح أن يقال إن السر ما هو إلا مظهر يضاف أو صفة خارجية يمكن فصلها حسب رغبة الانسان أو هواه (Fourneret : السابق . ص ١٩)

(١) الرسالة إلى العبرانيين ، الاصحاح ١٣ ، الآية ٤ ويقول مارتن لوثر (Luther) في هذا الصدد إن الزواج أفضل — من الناحية الدينية — من البتولية ، ومن الخطأ أن ينظر إلى الزواج على أنه من الأمور الدنيوية لا من الأمور الدينية . انظر في هذا : De Smet ، السابق ص ٧٥ وما أشار إليه في هذا الصدد من مراجع ، هامش رقم ٤ .

(٢) وانظر المادة ١٤ من مجموعة الأرمن الأرثوذكس ، حيث تنص على أن يقام سر الزواج علنا في الكنيسة بواسطة كاهن من طائفة الأرمن . . . وانظر المادتين ٤١ و ٤٢ من مجموعة السريان الأرثوذكس .

المحلى أو كاهن أذن له أحدهما بحضور الزواج أمام شاهدين على الأقل . . » .
وتنص الفقرة الثانية على أنه « تعد الرتبة دينية لتنفيذ حكم البند الأول بمجرد وجود الكاهن إذا حضر وبارك[1] .

واستلزام إتمام الزواج المسيحى عن طريق الكنيسة ، يبين أن الزواج بين المسيحيين المعتمدين ليس مجرد اتفاق ، بل إنه أيضا عمل دينى . ذلك أن ما جاء فى الكتاب المقدس من أن « ما جمعه الله لا يفرقه إنسان » ، يذكر المسيحيين أن الله يتدخل كطرف فى العقد ، وأن الزواج بطبيعته عمل دينى ، لدرجة أنه ينبغى أن يعترف له بهذا الطابع ، حتى بين غير المؤمنين [2] .

٣ — أغراض الزواج : إن الغرض الأول من الزواج هو إنجاب الأولاد وتربيتهم (la procréation et l'éducation des enfants) ، أى تكوين الأسرة . أما الغرض الثانوى منه ، فهو التعاون المتبادل بين الزوجين على شئون الحياة وإطفاء الشهوة (le remède à la concupiscene)[3] .

---

(١) انظر المادة ١٠٩٤ من القانون الكنسى الغربى ، وكذلك المواد ٤٢ و ٤٣ من مختصر القواعد الأساسية فى الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية ، لفليب جلاد ، الجزء الخامس من القاموس العام للادارة والقضاء ص ٣٦٠ — ٣٦١ .

وقد استلزم قانون الأحوال الشخصية للطائفة الانجيلية كذلك أن ينعقد الزواج طبقا للمراسيم الدينية وعلى يد رجل الدين ، فلا يعقد إكليل الزواج إلا القسس المرسومون قانونا أو مرشدو الكنائس الانجيلية الذين يمنح لهم المجلس العمومى الرخصة بذلك » (المادة ١٢ من قانون الأحوال الشخصية للانجيليين — وانظر كذلك المادة ١١ والمادة ١٣ من القانون المذكور) .

(٢) Fourncr ، السابق ، ص ١٤ .

(٣) انظر المادة ١٤ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الارثوذكس ؛ والمادة ٢/١ من الارادة الرسولية ، وانظر كذلك المسألة ١٢ من الخلاصة القانونية للايغومانوس فيلوثاوس عوا ابن العسال . فى كتاب القوانين ، (سنة ١٩٢٧ — ص ١٨٨) . ثم انظر كذلك الرسالة المخلصية ، السنة ٢٢ الأعداد ٦ـ٨ سنة ١٩٥٦ (عدد خاص بالزواج المسيحى) ، ص٤٥٣ وما بعدها ، مقال بعنوان « غايات الزواج » للأب جبرائيل سالم الباسيلى الحلبى

٤ — مميزات الزواج الجوهرية : ومن أغراض الزواج السابقة تبرز لنا مميزاته الجوهرية التى هى الوحدة وعدم القابلية للانحلال . وتكتسب هاتان الخاصيتان ثبوتاً (fermeté) خصوصيا فى الزواج المسيحى لكونه سراً[1] .

(ا) فالوحدة فى الزواج (l'unité) تعتبر من المبادىء التى تمسكت بها المسيحية من أول عهدها . إذ يجوز للمسيحى أن يتخذ أكثر من زوجة واحدة فى وقت واحد . كما أنه ليس للمرأة الواحدة التزوج بأكثر من رجل واحد فى الوقت نفسه . فزواج الرجل الواحد بعدة نساء (la polygamie) لا يحقق أغراض الزواج ، إذ لا يجد هذا العدد من النساء لدى الرجل الواحد المساعدة التى تعتبر حقا لهن ، إلا بصعوبة . كما أن زواج المرأة الواحدة بعدة رجال (la polyandrie) يتعارض هو الآخر مع الهدف الأول من الزواج وهو تربية الأولاد . ذلك أنه إذا كانت تربية الأولاد تتطلب تعاونا بين الرجل والمرأة ، فكيف يوجد هذا التعاون حيث يكون الأب غير معروف ؟

وقاعدة الوحدة فى الزواج المسيحى لاتحتمل أى استثناء . وقد جاء فى رسالة الرسول بولس الأولى إلى أهل كورنثوس : « ليكن لكل واحد امرأته ، وليكن لكل واحدة رجلها »[2] . كما جاء فى الإنجيل « أن الذى خلق من البدء خلقهما ذكرا وأنثى . . من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون

---

(١) المادة ٢/٢ من الارادة الرسولية ونصها :

" Les propriétés essentielles du mariage sont et l'unité revdues l'indissolubilité, rendus plus fermes dans le mariage chrétien par le sacrement ".

وانظر المادة ١٠١٣ من القانون الكنسى الغربى والتى تقابل النص السابق .

(٢) الاصحاح ٧ الآية ٢

الاثنان جسدا واحدا ، إذا ليسا بعد اثنين ، بل جسد واحد .. »[١] . ويبين من نصوص الكتاب المقدس فى هذا الصدد أن الله حين خلق منذ البدء لم يخلق ثلاثة أو أكثر بل خلق اثنين فقط ، ذكرا وأنثى . كما أن النص يصرح بقوله ويلتصق الرجل بامرأته ولم يقل يلتصق بنسائه ، وفى هـــذا ما يدل على أن تعدد الزوجات غير موجود منذ بدء الخليقة . ومن كل هذا يبين المسيح أن الله نظم الزواج بحيث يكون ارتباطاً بين اثنين فقط لا أكثر من اثنين[٢] .

ويدلل الفقهاء المسيحيون على أن الوحدة من خصائص الزواج المسيحى عن طريق آخر . ذلك أن الانجيل قد نص على أن من طلق امرأته إلا بسبب الزنا وتزوج بأخرى يزنى ، كما أنه إن طلقت امرأة زوجها وتزوجت بآخر تزنى[٣] . فهذه النصوص تصرح أنه إذا كان للرجل زوجة وطلقها ثم أخذ أخرى فانه يرتكب زنا ، وكذلك المرأة التى تتزوج بآخر بعد أن تطلق زوجها ، فانها تزنى . ولهذا يكون الزواج الثانى باطلا ، طالما بقى الزواج الأول . وبمعنى آخر أنه إذا كان من يطلق امرأته (أو من تطلق زوجها) ويتزوج بأخرى يعتــبر فعله زنا ، فهل يعتبر فعله أقل إثما من الذى لم يطلق وأبقى على زوجته الأولى ومع ذلك يتزوج عليها ؟ فمن لم يطلق ويتزوج مع ذلك ، يعتبر فعله أشد إثما من الذى طلق وتزوج ، فانه إذا كان الأخير يعتبر آثما ، فالأول أشد منه إثما[٤] .

---

(١) متى الاصحاح ١٩ الآيات ٤ وما بعدها .

(٢) أنظر : De Smet : السابق ، ص ٢٤٥ – ٢٤٦ وإشارته إلى ما قاله « Innocent III » بشأن ما جاء بمجمع « Trente » فى هذا الصدد.

(٣) أنظر انجيل متى ، الاصحاح ١٩ الآية ٩ وانجيل مرقس الاصحاح ١٠ الآيات ١١ و ١٢ .

(٤) أنظر فى هذا المعنى : De Smet ، السابق ص ٢٤٧ ، و Fournetet ، السابق ، ص ٧ .

ويضاف إلى ما سبق أن قرارات المجامع الكنسية المتعددة نادت بنفس هذا المذهب ، وهو وحدة الزواج المسيحى[1] .

وقد نصت على مبدأ وحدة الزواج فى الشريعة المسيحية المادة ٢٤ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس ، فقررت أنه : « لا يجوز لاحد الزوجين أن يتخذ زواجا ثانيا ما دام الزواج قائما » . فالزواج الأول القائم بين الزوجين يعتبر مانعاً من زواج آخر[2] . وقد نصت المادة الثانية فقرة ٢ من الإرادة الرسولية للكاثوليك على أن من مميزات الزواج الجوهرية الوحدة وعدم القابلية للانحلال[3] . وهذا ما نصت عليه كذلك المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية للطائفة الانجيلية ، فقررت أن « الزواج هو اقتران رجل واحد بامرأة واحدة اقترانا شرعياً مدة حياة الزوجين » .

وخلاصة القول إن نظام الزوجة الواحدة أو الزوج الواحد le régime

---

(١) انظر فى الاشارة إلى قرارات المجامع فى : De Smet ، السابق ص ٢٠٥ــ٢٤٧ .

(٢) وانظر كذلك المادة ٢٥ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط . وهذا هو مانصت عليه المسألة ١٣ من الخلاصة القانونية للايغومانوس فيلوثاؤس إذ قضت بأنه « لايجوز للمسيحى أن يتخذ سوى امرأة واحدة فى الحال لا أكثر ، وإن توفيت أو افترقت عنه شرعا له أن يتزوج بأخرى . . » . وانظر أيضا ما جاء فى شرح الخلاصة القانونية لجرجس فيلوثاؤس عوض فى هامش ص ٣٠ (طبعة سنة ١٩١٣) . ويقول ابن العسال فى كتاب القوانين (سنة ١٩٢٧ ، ص ١٩١) « وأما الجمع بين زوجتين أو أكثر فلا يجوز لأنه زنا ظاهر مستمر » وانظر كذلك ص ٢٠٥ - ٢٠٦ .

وانظر المادة ٥ من القواعد الخاصة بالأرمن الأرثوذكس ، وكذلك المادة ١٢ (أولا) من مجموعة السريان الارثوذكس .

(٣) وقد نصت المادة ٢٦ من القواعد التى أوردها فيليب جلاد بالنسبة للطوائف الكاثوليكية على أن «وحدة الزواج قائمة بأن يقترن الرجل الواحد بامرأة لا أكثر حسب الشريعة الانجيلية واستعمال الكنيسة الدائم » . وتبيح المادة ٢٧ للحى من الزوجين التزوج بعد موت الآخر .

monogamique ، هو النظام الوحيد الذى يحقق للزواج أهدافه كاملة، ويقيم بين الزوجين تضامنا تاماً ومساواة أساسية للمرأة الحق فيها كالرجل سواء بسواء، وهو النظام الذى يمكن فى ظله أن يكون فيه الزوجان أسرة حقيقية تركز فيها حياتهما[1].

(ب) عدم القابلية للانحلال : (l'indissolubilité) ، وهذا هو المميز الآخر الذى تبرزه لنا أغراض الزواج المسيحى باعتباره سرا مقدساً . فالواقع أن قابلية الزواج للانحلال إنما تعنى القضاء على الحياة الزوجية وعلى الأسرة وبالتالى ينهار أساس المجتمع . فصالح النظام العائلى يتطلب أن يمنح كل من الرجل والمرأة نفسه للآخر ، لكى يتفرغا معاً للعمل العائلى . فالأسرة تنتج من اتحادهما ، وتفترض هذا الاتحاد . وإذا كان الزواج ارتباطا بين الرجل والمرأة إلا أنه يفترض فى الحقيقة قيام ظروف نفسية وعاطفية تجعله عطاء كاملا غير محدود لا للجسد فحسب ، بل وللنفس كذلك . وهذا هو الأساس القوى الذى يظل ثابتاً إزاء تغير العاطفة الجنسية المتقلبة .

وإذا كنا لا نود الوقوف لدى هذا الموضوع كثيراً ، لأننا سنعود إليه فيما بعد ، إلا أنه ينبغى أن نشير إلى أن عدم قابلية الزواج المسيحى للانحلال ، كقاعدة عامة لدى المذاهب المختلفة ، تستند إلى ما جاء فى الكتاب المقدس ، كما هو الشأن تماماً بالنسبة لوحدة الزواج المسيحى .

من ذلك ما جاء على لسان آدم ، كما قدمنا ، من أن الرجل يترك أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكونان جسدا واحدا . وهذا يبين أنه اتحاد الرجل بالمرأة

---

(١) انظر فى هذا الموضوع كذلك : Jaques Leclercq ، السابق (La famille) ، فقرة ١٤ ص ٨٠ وما بعدها .

عن طريق زواجهما ، لا تنفصل الرابطة بينهما . ويؤكد ذلك أيضا ما جاء على لسان المسيح حينما جاءه الفريسيون ، وسألوه عما إذا كان يحل للرجل أن يطلق امرأته لكل سبب ، فقال لهم إن الذى خلق من البدء خلقهما ذكراً وأنثى ، ومن أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسدا واحدا وأن الذى جمعه الله لا يفرقه إنسان . كما بين لهم المسيح أنه إذا كان موسى قد أذن أن يعطى كتاب طلاق ، فانما كان ذلك من أجل قساوة قلوبهم وأنه لم يكن من البدء هكذا .

وإلى جانب الآيات المتعددة التى وردت فى الكتاب المقدس ، وما ورد فى رسائل الرسل [1] وتعاليمهم ، فان عدم قابلية الزواج المسيحى للانحلال كقاعدة عامة من الأمور التى أكدها مجمع « ترنت » : Concile de Trente ، حيث قرر آدم وضع شريعة عدم قابلية الزواج للانحلال حينما قال « هذه الآن عظم من عظامى ولحم من لحمى .. لذلك يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكونان جسدا واحدا» [2] .

هذه بعض الأسانيد التى قيل بها فى عدم قابلية الزواج المسيحى للانحلال ويكفى أن نشير إلى ذلك الآن ، حتى نعود إلى هذا الموضوع بالتفصيل فى حينه .

٧٩ مكرر — التعريف بالزواج وخصائصه فى الشريعة اليهودية : يمكن أن يعرف الزواج فى الشريعة اليهودية بصفة عامة على أنه ارتباط بين الرجل

---

(١) من ذلك ما جاء فى رسالة بولس الأولى إلى أهل كورنثوس (الاصحاح ٧ الآيتان ١٠ و ١١) : وأما المتزوجون فأوصيهم ، لا أنا ، بل الرب أن لا تفارق المرأة رجلها ، وإن فارقته فلتلبث غير متزوجه أو لتصالح رجلها ولا يترك الرجل إمرأته . . .

(٢) انظر فى هذا الموضوع : De Smet ، السابق ص ٢٤٨ . وما بعدها ؛ و Fourneret السابق ، ص ٣ وما بعدها ، Jacques Leclecq ، السابق فقرة ١٨ ص ١٠٧ وما بعدها .

والمرأة ، يتم طبقا للقانون ، بقصد تكوين أسرة ... وكما هو الشأن بالنسبة للزواج المسيحى ، يعتبر الزواج لدى اليهود نظاما شكليا ، وإن لم تتوافر له خصائص الزواج المسيحى من حيث الوحدة ، وعدم القابلية للانحلال .

وبالنسبة للربانيين تنص المادة ٥٦ من ابن شمعون على أن « أركان العقد ثلاثة : (الأول) تسمية المرأة على الرجل وتقديسها عليه بقبولها ، ولو بخاتم يعطيه إليها يداً بيد ، بحضرة شاهدين شرعيين قائلا لها بالعبرية تقدست لى زوجة بهذا الخاتم أو بكذا ، إن كان شيئا آخر . (الثانى) العقد شرعيا مكتوبا . (الثالث) الصلاة الدينية ، صلاة البركة بحضرة عشرة رجال على الأقل » . كما نصت المادة ٥٧ على أن « الزوجة بلا تقديس لا تعد زوجة شرعا » . كما نص على أنه إذا لم يتوافر الركن الثانى والثالث المنصوص عليهما بالمادة ٥٦ فالتقديس وحده لا يكفى ، فلا يحل للرجل الدخول على الزوجة قبل استكمال باقى أركان الزواج[1] .

والزواج لدى اليهود الربانيين نظام دينى كذلك ؛ فالى جانب ما تقدم تجد أن الطابع الدينى يبدو من جعل الزواج فرضا على كل إسرائيلى ، ومن الربط بينه وبين الكثير من القواعد المتعلقة بالاعتقادت الدينية[2] .

والزواج كذلك نظام قانونى لدى الربانيين تتولى الشريعة الدينية لديهم

(١) مادة ٦١ من ابن شمعون . وانظر بصفة عامة فى هذا الصدد المواد ٥٨ — ٦٠ و ٦٢ — ٦٦ .

(٢) أنظر ١٦ من ابن شمعون . وانظر كذلك المواد ١٧—١٩ والمادة ٥١ التى تمنع الزواج فى أيام السبوت والأعياد المنهى عن العمل فيها ، سواء أوائلها أو أواخرها أو أوساطها والمادة ٥٢ .

تحديد الآثار التى تترتب عليه ويلتزم به الزوجان ، وهو فى الأصل نظام دائم وشركة بين الزوجين لمدى الحياة ، وإن كان قابلا للانحلال ، كما سنرى :

وعند القرائين يعتبر الزواج نظاما شكلياً كذلك، ينعقد بالتبريك والعلانية. إذ عندهم يقوم الرجل باجراءات معينة هى تسليم المهر ثم إشهاده الحاضرين على نفسه بتقديس المرأة لتكون له زوجة على طهارة وقداسة ، ثم يحرر بذلك وثيقة يوقع عليها من يوقع من كبار الحاضرين شهودا كالمتبع[1]. كما لا ينعقد الزواج إلا بحضور عشرة رجال على الأقل . فالتبريك وحده بغير هذه العلانية لاعبرة به[2].

والزواج عندهم نظام دينى كذلك ، لا يتم إلا بالتقديس ، واتخاذ الاجراءات الدينية اللازمة ، كما أن القرائين يربطون بينه وبين القواعد المتعلقة بالعقيدة كالربانيين مثل تحريمهم الاحتفال به يوم السبت . .[3]

وفضلا عن ذلك فان الزواج لدى القرائين نظام قانونى ، يلتزم الزوجان بالابقاء عليه متى تم صحيحا . وهو فى الأصل كذلك نظام مؤبد إذ توجب القواعد الخاصة بهم على الزوج أن يكرر عبارة « عقدت عليك إلى الأبد » للزوجة مرتين متفرقتين ، وإن كان هذا ليس إلا على سبيل التيمن والبركة فى أن يكون القران بفضل الله إلى الأبد . والغالب أن يكتفى بمرة واحدة يليها السبع بركات[4].

---

(١) انظر ص ٧٥ من شعار الخضر ، المرجع السابق . وأركان العقد عندهم هى المهر والوثيقة والقبول . وانظر كذلك ص ٦٤ وهامش ٢ من المرجع المذكور .

(٢) انظر شعار الخضر ص ١٠٧ — ١٠٨ .

(٣) انظر بصفة عامة شعار الخضر ص ١٠٨ وما بعدها .

(٤) انظر شعار الخضر ص ١١٠ — ١١١ وما يقصد بالسبع بركات .

وإذا كان الزواج نظاما دينيا شكليا على هذا النحو ، فانه يختلف عن الزواج المسيحى فى أنه ليس من خصائصه الوحدة ولا عدم القابلية للانحلال سواء لدى الربانيين أم لدى القرائين .

امكان تعدد الزوجات فى الشريعة اليهودية : يجوز للزوج أن يعدد زوجاته فى الشريعة اليهودية . حقا إنه لا ينبغى أن يكون للرجل أكثر من زوجة ، بل عليه أن يحلف يمينا على هذا حين العقد ، إلا أنه إذا كان فى سعة من العيش ويقدر أن يعدل أو كان عنده مسوغ شرعى ، جاز له أن يتزوج بأخرى ، إذ لم يرد فى التوراة حجر ولا حصر فى هذا الصدد [1] .

قابلية الزواج للانحلال فى الشريعة اليهودية : إذا كان الزواج بطبيعته مؤبداً ، أى لا يصح الاتفاق على تأقيته ، كما هو الشأن فى الشريعة الاسلامية ، فليس معنى ذلك أنه غير قابل للانحلال ، كما هو الشأن فى الشريعة المسيحية ، بل إن الطلاق ينحل بارادة الرجل أو باتفاق الزوجين ، سواء لدى القرائين أم لدى الربانيين .

فعند الربانيين يقع الطلاق بارادة الزوج وحدها ، دون اشتراط قبول المرأة ، وإن كان لا يليق به أن يطلق أول زوجة له بغير مقتض [2] ، مع مراعاة أن الطلاق لا يصح شرعا إلا أمام السلطة الشرعية بوثيقة بحضرة شاهدين [3] .

---

(١) أنظر المادتين ٥٤و٥٥ من ابن شمعون . هذا هو الحكم عند الربانيين ، ويبدو أنهم يحددون الزوجات بأربع كما هو هو الشأن فى الشريعة الاسلامية . وعند القرائين كذلك يجوز تعدد الزوجات بشرط عدم الاضرار ووجوب العدل بينهن « أنظر شعار الخضر ص ٨١ - ٨٤ » .

(٢) أنظر المواد ٣٢٤ و ٣٢٥ و٣٢٨ من ابن شمعون .

(٣) مادة ٣٢٦ من ابن شمعون .

ومن ناحية أخرى فان المرأة أن تطلب إلى القضاء تطليقها من زوجها فى الحالات التى يحددها القانون فى هذا الصدد[1].

وهذا هو الشأن كذلك بالنسبة للقرائين ؛ فالطلاق بيد الرجل مع مراعاة أن يكون له مسوغ ، وأن يتم بكتابة وثيقة على يد الشرع[2] . ويجوز أن يتم بالاتفاق بين الزوجين حتى ولو لم يكن له مسوغ[3] . كما أن للمرأة حق طلبه من القضاء[4] .

٨٠ ـ **طريقة البحث التى سلنتبعها** : وقبل أن ننتهى من التمهيد العام ، الذى رأينا أن نقدم به دراستنا لموضوع الزواج ومايتصل به لدى غير المسلمين ، وبينا فيه منزلة الزواج بصفة عامة فى الشرائع السماوية وعناية الشريعة اليهودية والشريعة المسيحية بتنظيم أحكامه ، كما رأينا أيضا بعض المسائل العامة التى تتصل به ومميزاته الجوهرية ، نود أن نشير إلى الطريقة التى سننتهجها فى بحثنا لهذا الموضوع . فقد رأينا فى دراستنا السابقة أن الديانة المسيحية تنقسم إلى مذاهب ثلاثة ، هى الأرثوذكسية ، والكاثولكية ، والبروتستانتية ، كما رأينا كذلك أن هذه المذاهب الثلاثة تضم عدداً من الطوائف ، كان لكل منها جهة قضاء ملى ، على النحو الذى سبق بيانه ، تطبق الشريعة الخاصة بالطائفة التى تتبعها . ولكن القواعد المطبقة فى مسائل الزواج وما يتصل به ، قد وحدت بالنسبة للطوائف الكاثوليكية ، كما أنه بالنسبة للانجيليين لم توجد إلا قواعد واحدة

---

(١) مثلا المواد ٢٠ و ٢١٠٦ و ٢١٦ و ٢٢١ ...

(٢) أنظر شعار الخضر ، ص ١٢٦ وما بعدها بالنسبة للمسوغ ، وكذلك ص ١٢٨ ـ ١٢٩ وجاء فى الهامش بالنسبة لكون الطلاق يحصل بالوثيقة وعلى يد الشرع .

(٣) شعار الخضر ١٢٩ .

(٤) أنظر فى هذا ص ١٢٨ من المرجع السابق .

نظراً لاعتبارهم جميعا فى مصر طائفة واحدة . أما بالنسبة للطوائف الارثوذكسية فقد تعددت القواعد الخاصة بها بتعدد طوائفها على النحو الذى بيناه من قبل .

ونظراً لتعدد شرائع الطوائف المسيحية على هذا النحو ، رأينا ألا ندرس كل شريعة على حدة ، كما حاول البعض ، بل إننا ندرس الزواج وما يتصل به دراسة أساسها الموضوعات التى تندرج تحت هذا العنوان ، بصفة عامة ، محاولين بقدر المستطاع أن نشير إلى حكم كل شريعة طائفية فى صدد كل موضوع من موضوعات دراستنا مدخلين فى اعتبارنا بصفة أساسية طائفة الأقباط الارثوذكس مع الاشارة إلى باقى الطوائف الارثوذكسية ، ثم الطوائف المندرجة تحت المذهب الكاثوليكى كوحدة ، وكذلك طائفة الانجيليين ، مع الكلام عن أحكام الشريعة اليهودية فى كل الموضوعات التى نعرض لها سواء لدى الربانيين أم لدى القرائين . ولعل فى الطريقة التى سنتنهجها ما يوفر علينا الكثير من التكرار الذى يقع فيه من يدرس شرائع الطوائف شريعة بعد الأخرى .

هذا ولما كان الزواج لايتم دون التمهيد له ، فقد رأينا أن ندرس فى الفصل الأول من هذا الباب مقدمات الزواج ، ومقدمات الزواج هى الخطبة .

الفصل الأول

مقدمات الزواج ـ الخطبة

المبحث الأول : الخطبة فى الشريعة المسيحية

٨١ ـ التعريف بالخطبة وأهميتها : لا يتم الزواج فى الشريعة المسيحية دفعة واحدة ، بل لابد من التمهيد له ، كما هو الحال فى الشرائع الأخرى ، وهذا التمهيد السابق على الزواج هو الخطبة .

والخطبة وعد متبادل (promesse mutuelle) أو ارتباط بين رجل وامرأة بقصد إتمام الزواج فى المستقبل . فلا يكفى أن يكون هناك مجرد مشروع فى هذا الصدد ، كما لا يكفى أن يكون هناك وعد من جانب واحد ، بل لابد أن يكون الوعد من كل من الطرفين على وجه قاطع (strictement bilatéral) . ومعنى ذلك أنه لابد أن يكون الوعد تبادليا . أى أن كل واحد من الطرفين لا يلتزم إلا لأن الآخر قد التزم فى الوقت نفسه .

وهذا ما يبين من تعريف الخطبة فى النصوص المختلفة فى القانون الكنسى . فمن ذلك مثلا ما قضت به المادة الأولى من مجموعة ١٩٥٥ للاقباط الأرثوذكس من أن الخطبة « عقد بين الرجل وامرأة يعد فيه كل منهما الآخر بالزواج فى أجل محدد »[1] . وواضح من النص أنه لابد أن يكون هناك وعد من كل من الجانبين بالزواج فى المستقبل . وقد كان استلزام الوعد التبادلى بين الطرفين

---

(١) أنظر كذلك المادة الاولى من مجموعة ١٩٣٨ ، وكذلك المادة الاولى من مجموعة السريان الأرثوذكس .

أكثر وضوحا فى نصوص القواعد الخاصة بالكاثوليك والتى جمعها فيليب جلاد ، فقد نصت المادة الأولى من تلك القواعد على أن « الخطبة عقد به يعد الواحد الآخر بالزواج فى المستقبل . . . » وجاء فى المادة الثالثة أنه يلزم لصحة الخطبة « ... الوعد المتبادل . ومن ثم إذا وعد بطرس حنة بالزيجة وهى قبلت الوعد لكنها لم تعد ، فلا تكون الخطبة صحيحة » .

ومن ثم يبين لنا أنه إذا لم يكن هناك وعـــد متبادل ، بل قام وعد من جانب واحد ، لاتـكون هناك خطبة ، بل إنه إذا وجد وعد من جانب واحد فقط وقبله الطرف الآخر دون أن يصدر منه وعد مقابل له ، فلا تـكون هناك خطبة صحيحة، وإن كان من الممكن أن يترتب على ذلك بعض التزامات . ومع ذلك فانه يمكن فى هذا الصدد إعطاء القبول قيمة الوعد المقابل إذا كان هناك من الظروف المصاحبة لهذا القبول ما يحمل على ذلك . ثم يراعى أنه قد يترتب على الوعد الذى يقبل ولا يكون هناك وعد آخر فى مقابله أثره ، وذلك فى الحالة التى يكون فيها من قبل الوعد ولم يصـدر وعداً مقابلا هو الراغب فى إتمـام الزواج[1] .

والواقع أن التفرقة ليست ذات أهمية ، طالما أن نية الطرفين قد انصرفت إلى إتمـام الخطبة عن طريق إيجاب يصدر من أحـد الطرفين وقبول يصدر من الطرف الآخر ، بمعنى أنه إذا وعد أحد الطرفين الآخر بإتمام الزواج فى المستقبل فى أجل محـدد وقبل الطرف الآخر الوعد ، فان هذا يكفى لكى توجد الخطبة. وهذا ما هو واضح فى المادة ٤ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الارثوذكس

(١) أنظر هذا الموضوع فى : De Smet ، السابق ص٤ والهوامش فى هذه الصفحة . كذلك Fourneret ، السابق ، ص ٤٤ .

حيث تقرر أن الخطبة تقع بين الخطيبين « بايجاب من أحدهما وقبـول من الآخر » . كما يتضح من القانون الكنسى الغربى فى المادة ١٠١٧ أن الوعد بالزواج قد يكون من جانب واحـد (unilatérale) كما قد يكون مزدوج الأطراف (bilatérale) ؛ ففى الحالتين يمكن أن تقوم الخطبة إذا توافرت الشروط المستلزمة لقيامها . وهذا ما يفهم من نص المادة السادسة من الارادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية ، حيث نصت على أن « الوعد بالزواج ـ وإن كان مزدوج الأطراف ـ ويعرف إذ ذاك بالخطبة ... La promesse de) (mariage, même bilatérale ou fiançailles » . والذى يبين من النص على صيغته التى ورد بها ، وعلى هدى المادة ١٠١٧ من القانون الكنسى الغربى ، أن الوعد بالزواج قد يكون من جانب واحد ، كما قد يكون من جانبين . والمهم أن يصدر إيجاب وقبول من الطرفين حتى تنعقد الخطبة ، أى أنه ينبغى أن يتم الاتفاق بينهما على إبرام الزواج فى المستقبل ، وهذا ما يتضح بعبـارة صريحة من نص المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية للانجيليين حيث قضت بأن الخطبة تتم « بحصول اتفاق بين ذكر وأنثى » .

ومحل الخطبة هو إبرام الزواج فى المستقبل ، فى الأجل الملائم ، أى فى الأجل الذى يتفق عليه صراحة أو الذى يتحدد طبقا للظروف أو العادات المحلية[1]

وإذا كانت الخطبة تتم بين رجل وامرأة ، فانه ينبغى أن تتم بين رجل معين وامرأة معينة ، وعلى ذلك فان الوعد الذى يصدر من شاب يختار فيه بين

---

(١) وليس من اللازم تحديد المدة التى يتم فيها الزواج لدى جميع الطوائف ولذلك قد يترك هذا التحديد للظروف أو للعادات السارية . وقد استلزمت المادة الأولى من مجموعى ١٩٣٨ و ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس أن يكون الزواج فى أجل محدد .

ثلاث أخوات مثلا ، لا يترتب عليه قيام خطبة ، حتى ولو قبل هـذا الوعد وصدر وعد آخر فى مقابله[1] .

وللخطبة أهميتها ، كما قدمنا ، باعتبارها مرحلة سابقة على الزواج . والواقع أنها إذا كانت لازمة فى الشرائع المختلفة ، فهى فى الشريعة المسيحية أكثر لزوما حتى يمكن أن تقوم العلاقة الزوجية على أساس سليم . لأنها إذا ما تمت ، فليس من اليسير التخلص منها ، نظراً لحصر أسباب التطليق فى هذه الشريعة .

وقد عرفت الخطبة منذ القدم ، وكانت لها أهمية خاصة لدرجة أنه فى أواخر القانون الرومانى كان الجزاء صارما ، وكانت المخطوبة التى تثبت خيانتها تعاقب بعقوبة الزنا . وفى التشريعات الجرمانية كان للخطبة آثار فعالة كذلك كما أنها اعتبرت شرطا لصحة الزواج الذى يعقبها . وقد أشار الانجيل إلى الخطبة ، وإشارته فى هذا الصدد تعنى إقرارها والاعتراف بها وأنها كانت من الخطوات السابقة على الزواج[2] . كما أقرت الشريعة اليهودية والشريعة الاسلامية الخطبة ، وحرم الحديث الشريف خطبة المرأة المخطوبة ، فلا يحق للرجل أن يخطب على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له .

ويبين الفقه الكنسى أهمية الخطبة وضرورتها قبل الزواج . يقول ابن العسال فى هذا الصدد : « وتقديم الخطبة والإملاك على التزويج ليكون الرضى

---

(١) أنظر فى هذا : De Smet ، السابق ، ص ٥ والهامش رقم ٢ .

(٢) أنظر ماجاء فى انجيل متى الاصحاح الأول ، الآية ١٨ حيث يشير إلى ذلك بقوله : « لما كانت مريم أمه مخطوبة ليوسف قبل أن يجتمعا ، وجدت حبلى من الروح القدس ... » ، وكذلك انجيل لوقا ، الاصحاح الأول الآية ٢٧ ، حيث يقول : ... « وفى الشهر السادس أرسل جبرائيل الملاك من الله إلى مدينة من الجليل اسمها ناصرة إلى عذراء مخطوبة لرجل من بيت داوود اسمه يوسف ... » .

به بروية تامة ، وعن فحص كاف فى هذه المهلة المشترطة ، ولتتأكد المحبة مع الرضى ، وليضبط الشخص المرافق إلى حين بلوغه كيلا يسبق إليه ، وليكون رجاء الزيجة الطاهرة مساعدا على حفظ العفة ؛ وليصرف الاهتمام فى مدة المهلة إلى إعداد ما تدعو الحاجة إليه للزيجة ، وليقوى الشوق إلى الاتصال، وللاقتداء بتدبير الحكيم تعالى لأنه قال : « لا يحسن أن يترك الرجل وحده فلنجعل له معينا مثله ، فوعد ثم فعل » [1].

وإذا كان للخطبة أهميتها على هذا النحو ، فانه يمكن عن طريقها تجنب عاقبة التسرع فى الاقدام على الارتباط بالزواج ، وبذلك تكون حياة الزوجين أكثر استقراراً . ويضاف إلى ذلك أن فترة الخطبة لها مزاياها من حيث أنها تهيء الظروف للابانة عما قد يكون هناك من تنافر فى الطباع ، وهو من الأمور التى يمكن أن تحدث دائما ، كما أنها من ناحية أخرى تتيح الفرصة للكشف عما قد يوجد من موانع تمنع ارتباط الطرفين بالزواج .

٨٢ – التطور فى شان الخطبة والتفرقة بينها وبين ما يختلط بها من أنظمة :

ينبغى أن نفرق بين الخطبة وبين ما قد يختلط بها من الارتباطات السابقة على الزواج . فالخطبة التى نقصدها هنا هى الوعد بالزواج الذى يتم وفقا لاوضاع معينة نصت عليها القوانين الكنسية المختلفة المعمول بها فى الوقت الحاضر ؛ وهى تعتبر وعدا مستقلا قائما بذاته منفصلا عن الزواج له شروطه وأحكامه الخاصة به ، وتترتب عليه آثار معينة . وهذا من شأنه أن يبرز لنا الفارق بين الخطبة ،

---

(١) ابن العسال ، كتاب القوانين ، السابق ، ص ١٩٧-١٩٨ ، وانظر فى نفس المعنى شرح الخلاصة القانونية ، لجرجس فيلوثاؤس عوض ، المرجع السابق ، ص ١٦ بالهامش ، وكذلك De Smet ، السابق ، ص ٥ .

على هذا المعنى الذى تقصده كوعد بالزواج ، وبين غيرها من الارتباطات السابقة على الزواج . ولكى يتضح لنا ذلك نعرض سريعا للتطور الذى مرت به الخطبة فى بعض الكنائس الشرقية .

ففى الكنائس البيزنطية كان يفرق بين مرحلتين فى الزواج ، وقد تم ذلك تحت تأثير الفكرة الرومانية عن الزواج . وكانت المرحلة الاولى ، وهى التى سماها الرومان « sponsalia » عبارة عن مجرد وعد بالزواج ، أما المرحلة الثانية فهى الزواج نفسه ، ويتم بتراضى الطرفين ثم يعقبه أخذ الزوجة إلى منزل الزوجية (deductio in domum mariti) .

وقد اتخذت هاتان المرحلتان ، وهما الخطبة والزواج على النحو السابق ، طابعا شكليا غلبت فيه العناصر الدينية . فكانت الشكلية فى الزواج عبارة عن التبريك (la bénédiction) والتتويج أو التكليل (le couronnement) الذى يقوم به الكاهن للزوجين ، كما اتخذت الخطبة الدينية نفسها طابعا مغايرا لما كانت عليه فى القانون الرومانى ، واقتربت شيئا فشيئا من الزواج ، وانتهى الامر إلى أن صارت شبيهة به .

فقد أحاطت الكنيسة البيزنطية الخطبة (sponsalia) باحتفال دينى ، واتجهت إلى تقريب الآثار المترتبة عليها من الآثار المترتبة على الزواج نفسه ، وتقرر فى مجمع « in Trullo » أن التزوج بمخطوبة الغير ينظر إليه ويعاقب عليه ، كما ينظر إلى الزنا ويعاقب عليه »[1] . وفى أواخر القرن التاسع حرم

---

(١) أنظر فى هذا : « دوفيلبية » و « دوكليرك » فى مؤلفهما السابق الاشارة إليه : (Le mariage en droit canonique oriental) ص ٣٢ وما بعدها ، وخاصة ص٣٤ .

إبرام الخطبة (sponsalia) مع تبريك الكنيسة لها قبل بلوغ سن ١٤ سنة للشاب و ١٢ سنة للفتاة ، وقد كان هذا السن هو سن الزواج . كما تقرر أنه لا يمكن أن تنفصم الرابطة الناشئة عن الخطبة ، ولا يمكن التحلل منها إلا للأسباب التى تبيح التحلل من الزواج نفسه ، كما تقرر أيضا أنه يترتب على الخطبة بالمعنى السابق (sponsalia) مانع المصاهرة ، الذى يترتب على الزواج نفسه ... ومع ذلك فقد بقيت الخطبة البسيطة أو العادية (بدون احتفال دينى) (la sponsalia simple) ، بقيت مصرحا بها ابتداء من سن السابعة . وإذا كانت هذه الخطبة العادية قد احتفظت بآثار الخطبة فى الوضع القديم ، إلا أنها لم تعد تسمى خطبة بمعنى « sponsalia » ، وهى التى تتم فى المراسم الدينية.

وفى أواخر القرن الحادى عشرى (١٠٨٤) انتهى الأمر إلى جعل الخطبة التى تتم فى المراسم الدينية كالزواج تماما . ومنذ ذلك الحين صارت الخطبة ، بهذا المعنى« sponsalia » ، والزواج مرحلتين منفصلتين لعقد واحد ، وأصبح يتولد عن هذه الخطبة نفس الرباط الذى يتولد عن التكليل ، كما أصبح يترتب عليها نفس الموانع التى تترتب على التكليل ، ولا يمكن فسخها إلا بأسباب الطلاق . ووصل الأمر فى القرن الثانى عشر إلى توريث الأولاد الذين يولدون من علاقات جنسية بين الخاطبين . هذا فى الوقت الذى كانت فيه كل القوانين الشرقية تعتبر هذه العلاقة كالزنا ؛ وبذلك لم يعد فى القانون البيزنطى تفرقة بين الخطبة وبين الزواج . وقد أدى التطور فى هذا الشأن من تشبيه الخطبة الدينية بالزواج إلى نتيجة غريبة ، وإن كانت منطقية ، ذلك أن طقوس الخطبة والتكليل أصبحت تتم فى اليوم نفسه . وبذلك لم تعد الخطبة تؤدى وظيفتها نتيجة لجعلها ملزمة على النحو السابق .

ومن ذلك يتبين لنا أن الخطبة بمعنى sponsalia قد صارت جزءاً من مراحل الزواج انتهى مصيره إلى ما بينا . وهذا ما أبرز نوعاً آخر ، أو مرحلة أخرى هى ما يمكن أن نسميه بالخطبة البسيطة . وقد بقيت هذه الخطبة البسيطة قائمة ، وكان يمكن أن تتم فى سن السابعة ، كما أنها احتفظت بالآثار التى كانت لها فى القانون القديم . بمعنى أنه لم يكن يترتب عليها أى إلزام بالزواج ، اللهم إلا الإلزام بالتعويض إذا كان العدول بدون سبب مشروع ، ولكن لم تعد تسمى sponsalia[1] .

على أن المراحل الثلاث السابقة التى بيناها بالنسبة للكنائس البيزنطية ، تبدوا أكثر وضوحاً فى قوانين بعض الكنائس الشرقية الأخرى كالكنيسة الكلدانية[2] والكنيسة السريانية[3] ، وقد وجد عندهم ما يسمى الخطبة (les fiançailles) والعقد أو التكليل (le couronnement).

أما المرحلة الأولى، فهى الخطبة ، وهى التى تتسلم فيها المخطوبة الخاتم . ويتم ذلك فى حضرة الكاهن الذى يتناول الخاتم ويعطيه للمخطوبة مع بعض إجراءات دينية ، وهـذه الخطبة يمكن الرجوع فيها ، اللهم إلا إذا كان السبب الفسخ غير مشروع ، ففى هذه الحالة يمكن أن يحصل من أصابه ضرر على التعويض .

والمرحلة الثانية ، وهى العقد ، تتم بتبادل الرضا على الزواج ، وهذا يكون

---

(١) انظر المرجع المشار إليه فى الهامش السابق ص ٣٥ .
(٢) انظر المرجع المشار إليه فى الهامش السابق ص ٤٨ وما بعدها .
(٣) انظر المرجع المشار إليه فى الهامش السابق ص ٦١ وما بعدها .

دائما عن طريق وكيلي الطرفين ، ويحدث بحضور الكاهن والشهود . ويرى البعض أن فكرة العقد مستمدة من الشريعة الاسلامية ، وإن كان ينبغي أن يراعى ما بين العقد هنا وبين العقد فى الشريعة الاسلامية من فارق ؛ ذلك أن العقد فى هذه الحالة ، باعتباره مرحلة من مراحل الزواج ، لا يحل للطرفين المخالطة الجسدية ، فهذه المخالطة لاتحل إلا إذا تمت المرحلة التالية وهى التكليل. أما العقد فى الشريعة الاسلامية فانه يرتب أثره باعتباره زواجا تاما يخول الحق فى الاختلاط الجنسى ، كما يترتب عليه توارث الزوجين فيما بينهما . هذه النتائج التى يرتبها العقد فى الشريعة الاسلامية لم تقرها الكنيسة . ذلك أنه إذا كان الأصل فى العقد المسيحى فى هذه الحالة أنه غير قابل للانحلال ولا يمكن التحلل منه ـ عند غير الكاثوليك ـ إلا لنفس الأسباب التى تبيح انحلال الرابطة الزوجية ، فانه لا يبيح الاختلاط الجنسى كما قدمنا . وإذا تم هذا الاختلاط قبل المرحلة التالية ، وهى التكليل ، يعد زنا . فالعقد المسيحى هنا ليس فى الواقع إلا جزءا هاما من الزواج يتم فيه تبادل الرضا بالزواج أمام الكاهن. وقد بدأت هذه المرحلة الثانية (العقد) فى الاختفاء ؛ وأصبح رجل الدين يكتفى بأخذ رضا الطرفين عند التكليل ، وهى المرحلة الأخيرة التى بها يتم الزواج ، وبذلك يحل للطرفين المخالطة الجسدية [1] .

هذه هى المراحل المختلفة التى يتم فيها الزواج لدى بعض الكنائس الشرقية . ويتضح منها أن الأمر قد انتهى لدى غالبية الطوائف الأرثوذكسية الشرقية إلى اعتبار الخطبة مرحلة أولى من الزواج الذى يتم على مرحلتين ، وأنه كان

---

(١) انظر فى كل هذا ، دوفيلييه ودوكليرك ، الزواج فى القانون الكنسى الشرقى ، ص ٥٨ ـ ٦١ وكذلك ص ٦٤ـ٦٥ .

يترتب على الخطبة ارتباط الطرفين ، ما عدا حل المخالطة الجسدية الذى لايتم إلا بإتمام المرحلة الثانية للزواج وهى التكليل ؛ كما أن الخطبة باعتبارها مرحلة أولى للزواج لم تعد قابلة للفسخ إلا للأسباب التى تبيح فسخ الزواج نفسه . ، وانتهى الأمر — كما رأينا — إلى أن الاجراءات خاصة بالخطبة صارت تتم مع المرحلة الثانية فى اليوم نفسه ، لأن الناس كانوا يعتبرون المرحلة الأولى خطبة ، واستغنوا بها عن الخطبة بمعناها الحقيقى التى يباح فيها للأفراد العدول ، مع أن الحال لم يصبح كذلك ، بل إنها أصبحت مرحلة أولى من مرحلتى الزواج . أما الخطبة بمعناها العادى ، فقد انتهى الامر إلى أن أصبحت اتفاقا عاديًا بين الأفراد لم تتدخل الكنيسة فى تنظيمه . ولهذا لم تشر بعض الكنائس الشرقية . مثل كنيسة الروم والأرمن الأرثوذكس ، إلى الخطبة ولم تنظمها ، لأن ما يسمى خطبة لدى هذه الكنائس لم يعد له وجود مستقل بذاته ، بل أصبح مرحلة من مرحلتى الزواج . وقد ترك تنظيم الخطبة لدى هذه الكنائس للأفراد ، على اعتبار أنها مجرد تواعد بين الأطراف أو خطبة بسيطة ، يحق لكل من الطرفين العدول عنها بسبب مشروع وإلا التزم بالتعويض ، باعتبار أن الإخلال بها إخلال بوعد عادى يرتب مسئولية من أخل به . وأصبحت الخطبة البسيطة بهذا المعنى تتم قبل الزواج بمدة حتى يتحقق الغرض المقصود منها .

وقد عرفت الكنيسة القبطية الأرثوذكسية مراحل مشابهة للمراحل التى مرت بها الكنائس الشرقية الأخرى تقريبا . فقد وجد لدى الكنيسة المصرية ما يسمى بالخطبة البسيطة ، وهذه الخطبة البسيطة تتم بدون إملاك رسمى ، أو بدون حضور كهنة . وبدون إقامة صلاة رسمية واحتفال ، وإنما هى مجرد اتفاق بسيط بين الطرفين . وهذا النوع من الخطبة إنما هو اتفاق عادى بين الأفراد يحق لكل منهما العدول عنه دون غرامة عليه فى ذلك (وإن كان من

الممكن خضوع هذه الحالة للقواعد العامة فى المسئولية) . ويقول صاحب الخلاصة القانونية فى المسألة التاسعة إنه « إذا كانت الخطبة صارت بدون عقد إملاك رسمى .. أو صارت بغير حضور كهنة وبدون إقامة صلاة رسمية واحتفال مشتهر .. بل كانت مجرد اتفاق بسيط بين الفريقين ، ولو أن ذلك كان بحضور كاهن ، لكنه لم يجر إتمام الخطبة بالصلاة الرسمية ، فاذا رغب أحد الفريقين عدم التزوج بالآخر فلا يجبر ، بل هو حر يتزوج بمن يريد ولا غرامة عليه بشىء مادامت تكون الخطبة بسيطة بدون صلاة كهنوتية رسمية » . هذه هى الخطبة البسيطة ، وهى لاتتخذ — كما هو واضح — مظهرا دينيا ، ولا تتم بالصلاة ، كما أنها غير ملزمة ، لا يترتب على العدول عنها أى تعويض للآخر .

وقد عرفت الكنيسة القبطية نوعا آخر من الخطبة هى الخطبة الرسمية ، وهذه الخطبة الرسمية تختلط بإجراء مشابه هو ماسمى بعقد « الإملاك» وهو نوع من التعاقد السابق على الزواج كانت الكنائس تجريه بوصفه مرحلة لازمة من مراحل الزواج ، وقد سمى بالاملاك تمييزاً له عن الخطبة وهى الوعد بالزواج . ولكن التفرقة بينهما لم تكن واضحة . ويعرف الفقهاء الأملاك بأنه «عهد وميعاد لتزويج مستأنف ، وتكون بمكاتبة وبدون مكاتبه »[1] . ومن هنا كان النظر إلى الإملاك على أنه نوع من الخطبة ، مع أنه يختلف عنها .

فالخطبة الرسمية التى تكلم عنها الأقباط الارثوذكس هى الخطبة التى تتم فى احتفال دينى يحضر فيه الخطيب بنفسه أو وكيله ووكيل الخطيبة لدى الكاهن وجملة من أبناء الكنيسة . وبعد أن يتأكد الكاهن من توافر بعض الشروط

---

(١) ابن العسال ، المرجع السابق ، ص ١٩٨ . وانظر كذلك المسألة الرابعة من الخلاصة القانونية .

من حيث عدم قيام مانع من موانع الزواج ، وتوافر الرضا ، وتناسب السن ، وميعاد الزواج وبلوغ الطرفين السن القانونية للزواج عند حلول هذا الميعاد ...، يحرر كتاب بكل هذا ويوقع عليه الطرفان والشهود ، ويصدق الكاهن على ذلك ، ثم يتمم الخطبة رسميا بالصلاة[1] . هذه هي الخطبة الرسمية ، وهذه هي الاجراءات التي تتبع بشأنها ، إذا كان المقصود خطبة فقط لا عقد إملاك . ويتضح ما هنالك من فارق بين هذه الخطبة والنوع الأول الذي تكلمنا عنه وهو ما أسميناه الخطبة البسيطة على ماورد في المسألة التاسعة من الخلاصة القانونية ، ذلك أن الخطبة الرسمية هنا تتم في احتفال ديني على النحو الذي بيناه وتتم بإجراءات معينة عن طريق الكتابة وتوقيع الطرفين والشهود والكاهن .

أما الإملاك فهو يشبه في الواقع المرحلة الأولى من الزواج لدى الكنائس الأخرى التي سبق لنا بيانها باعتبارها مرحلة لازمة ، وانتهى الأمر بها إلى أن أصبحت إجراءاتها تتخذ مع الزواج ، وهو المصير الذي آل إليه الاملاك كما سنرى فيما يلي .

ولقد كان من الجائز أن تسبق الإملاك خطبة رسمية أو لا تسبقه ، ويختلف الوضع في كلتا الحالتين . فاذا تم الاملاك بعد الخطبة الرسمية ، وكان القصد إتمامه في وقت الاكليل ، فيجرى فيه رتبة الكنيسة المعينة لطقس الاملاك كالمدون بكتب الاكليل.

أما إذا لم يكن قد سبق بخطبة رسمية ، وكان قصد الفريقين عقد الإملاك فقط قبل ميعاد الاكليل — وهذه هي الصورة التي يختلط فيها بالخطبة — فقد نص

---

(١) أنظر المسألة الثانية من الخلاصة القانونية .

على أنه يشترط لعقده أن يكون بحضور كاهنين أو كاهن وشماسين رشيدين. وبعد تحقق الكاهن من توافر شروط معينة ـ وهى الشروط التى ينبغى التحقق منها عند الخطبة الرسمية ، مثل عدم وجود مانع من الزواج وتوافر الرضا وتناسب السن . . . ـ تقام الإجراءات بوضع الصليب ويعقد الإملاك على خاتمين من جهة المليكين بالصليب بالتبريك والصلاة . . كالرتبة المعتبرة لذلك[1] .

هذه هى الإجراءات التى كانت تتبع بالنسبة للإملاك فى حالة ما إذا سبقته خطبة وفى حالة ما إذا لم تسبقه خطبة . والرابطة التى تنشأ عن الاملاك تسمى بالعقد ، وهى غير قابلة للرجوع فيها إلا للأسباب التى تبيح فسخ الاملاك على ما ورد فى المسألة الثامنة من الخلاصة القانونية . ولكن الرابطة الناشئة عن العقد لا تبيح المخالطة الجسدية مالم يتبعها التكليل وتقريب القربان . فبهذا وحده تم الزواج[2] .

ونظراً لأن الحوادث التى جرت بأسباب عقد الإملاك كثيرة ومتعبة ، فقد قرر رجال الكنيسة القبطية منعه[3] .

والواقع أن عقد الاملاك لم يمنع ، بمعنى أنه حذف من طقوس الزواج ، بل إن الذى منع هو إجراء الطقوس التى ينعقد بها على استقلال عن طقس التكليل.

---

(١) أنظر فى هذا المسألة السادسة من الخلاصة القانونية « وانظر أيضا ابن العسال » السابق ص ١٩٨ .

(٢) ويقول ابن العسال (ص ٢٠٤) فى هذا الصدد : « وعقد التزويج لا يتم ولا يكون إلا بحضرة كاهن وصلاته عليهما ، وتقريبه لهما القربان المقدس فى وقت الاكليل الذى به يتحدان ويصيران جسدا واحدا كما قال الله سبحانه . وعلى خلاف ذلك لا يعد لهما تزويجا ، فان الصلاة هى التى تحلل النساء للرجال والرجال للنساء » .

(٣) أنظر شرح الخلاصة القانونية لجرجس فيلوثاؤس عوض ، بالهامش ص ٢٠-٢١ .

فلا يزال طقس الاملاك يمارس عند التزويج . وقد قصد رجال الكنيسة من منعه على استقلال ألا يستعيض به العامة عن الخطبة العادية باعتبار أنه نوع منها مع أنه ليس كذلك[١] . وإذ كان الإملاك يتم الآن مع طقس التكليل، فإن هذا يحدث عادة إما فى الليلة نفسها ، وإما أن يتم الاكليل فى صباح اليوم التالى[٢] .

ومن ذلك يتبين لنا أن الأمر قد انتهى فى الكنيسة القبطية المصرية إلى إبراز كيان الخطبة مستقلة عن الاملاك ، وهذا مايظهر فى مجموعاتهم الحديثة ، إذ لم يرد ذكر لعقد الاملاك ، ولكنها نظمت الخطبة باعتبارها وعدا سابقا على الزواج . وسنتولى تفصيلها فيما يلى ، فنتكلم أولا عن انعقاد الخطبة لدى الطوائف المسيحية المختلفة بصفة عامة ؛ ثم نتكلم بعد ذلك عن الاعلان عنها .

وسندرس فيما يلى الأحكام المتعلقة بالخطبة ، ونعرض بصفة خاصة للتنظيمات التى وضعتها قواعد الطوائف المختلفة التى عالجت الخطبة بمعناها المعروف باعتبارها وعدا غير ملزم بالزواج لامرحلة منه . وإذا كانت بعض الطوائف لم تتعرض بالتنظيم لأحكام الخطبة ، فان من الممكن تطبيق الأحكام التى نعرض لها فيما يلى ، مع مراعاة الناحية الخاصة بالشكل ، باعتبار أن الخطبة بصفة عامة ، إذا استبعدنا الشكلية ، تعد كالاتفاقات العادية . ولا تخرج فى الأصل عن القواعد العامة .

---

(١) أنظر فى : حلمى بطرس هذا ، مذكراته السابقة ، ص ١٤٢ .

(٢) أنظر فى هذا : دوفيليه ودوكليرك ، الزواج فى القانون الكنسي الشرقي ، ص ٧٠–٧١

المطلب الأول
انعقاد الخطبة

٨٣ – شروط انعقاد الخطبة : تنعقد الخطبة بين المسيحيين إذا توافرت الشروط المستلزمة لانعقادها . فلابد من أن يوجد التراضى بين الطرفين ، كما لابد من أن تتوافر فيهما أهليــة معينة ، وأن تتم فى الشكل المستلزم لانعقادها . أى لابد من توافر الرضا والأهلية والشكل ، أو بمعنى آخر يجب أن تتوافر شروط موضوعية وشروط شكلية .

٨٤ – أولا : الشروط الموضوعية : يلزم لانعقاد الخطبة أن يتوافر الرضا ، وألا يكون هناك مانع من الموانع ، وأن يبلغ الخاطبان سنا معينة .

الرضا : لابد فى الخطبة من تراضى الطرفين ، وهذا هو العنصر الأول . وقد رأينا أن الخطبة تتم عن طريق وعد متبادل بين الطرفين ، أو كما تقول المادة الرابعة من مجموعة الأقباط الأرثوذكس (١٩٥٥) عن طريق إيجاب من أحدهما وقبول من الآخر .

ويشترط فى الرضا أن يكون سليما . فالغلط فى الشخص ، والذى من شأنه أن يبطل الزواج يعيب الإرادة أيضا بالنسبة للخطبة ، وكذلك الإكراه . وبصفة عامة يمكن القول إن عيوب الرضا التى تتصور بالنسبة للزواج ، قد توجد أيضاً بالنسبة للخطبة ، فإذا وجدت الارادة معيبة لسبب من الأسباب يمكن طلب بطلان الخطبة استنادا إلى ذلك [1] .

---

(١) قد يقال فى هذا الصدد إنه لما كانت الخطبة عقدا غير ملزم ، فانه يكون للشخص الذى عيب رضاه أن يتحلل من الخطبة بالعدول عنها ، ولكننا نلاحظ ، مع ذلك ، أنه قد يكون للشخص فى هذه الحالة مصلحة فى الاستناد إلى عيوب الارادة لابطالها ؛ لأن الاستناد إلى =

وإذا كانت الخطبة تتم عن طريق تعبيرين متطابقين ، فانه يتعين ، نظراً لطبيعة محلها أن يكون الرضا بها شخصيا أى صادرا من المتعـاقد نفسه ، كما هو الحال بالنسبة للزواج ، إذ أن الأمر يتعلق بمسـألة يستطيع الخاطبان وحدهما البت فيها . فإذا كان أحد الطرفين قاصرا « وجب أيضا موافقة وليه على ذلك » [1] . ومعنى هـذا أن رضا القاصر ووليه مستلزمان فى هذه الحالة . وهذا ما قرره الفقه الكنسى ، لأن الجانب الشخصى فى هذه العقود محل اعتبار كبير ، ولا يرغم أحد الطرفين على قبول معاشرة شخص لا يرغب فى معاشرته . وقد جاء فى الخلاصة القانونية بشأن عقد الإملاك (وهو ما كان يستغنى به عن الخطبة فى بعض الأحيان كما قدمنا) أنه يشترط أن يكون « برضا المتعاقدين إما بأنفسهما إن كان سلطانهما إليهما ... ، وإما بواسطة وكيليهما أو وليهما ...، بشرط أن يكون بموافقتهما للنائبين عنهما . فإن كان نائب البنت يريد عقد إملاكها لمن ليس هو أهلها ، فلها أن تضاده وتمتنع عن القبول . . » [2] .

= هذا الأساس من شأنه أن ينفى كل احتمال يمكن أن يثار بالنسبة لمن يعدل عن الخطبة من حيث وجود المبرر للعدول أو عدم وجوده ، وبالتالى من حيث إمكان إثارة فكرة مطالبته بالتعويض . فالاستناد إلى عيب الارادة فى ابطال الخطبة يقطع كل احتمال لطلب التعويض عن العدول فى هذا الصدد ، دون أن يقع على كاهل من عدل عن الخطبة إثبات المبرر أو انتفى لعدوله ، ذلك المبرر الذى تستلزمه قواعد القانون الكنسى الخاصة ببعض الطوائف على ماسنرى فى المتن .

(١) المادة ٤ من مجموعة ١٩٥٥ ومن مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس .
وانظر كذلك المادة ٢ من مجموعة السريان الأرثوذكس وهى تقضى بأن الاتفاق والوعد يكون بين الخطيبين نفسيهما أو بواسطة وليهما أو وكيليهما . ولا يبين من النص ما إذا كان رضا الولى مستلزما إلى جانب رضا الخاطب ، كما هو الشأن بالنسبة لنص الأقباط . أنظر مع ذلك المادة ٤ من مجموعة السريان ، وبالنسبة لمن لهم الولاية فى الخطبة أنظر المواد ٣ وما بعدها .

(٢) المسألة الرابعة من الخلاصـــة القانونية . وانظر كذلك ابن العسال ص ١٩٨ . ويظهر أن الفقهاء الأرثوذكس يعطون الخطبة البسيطة حكما خاصا ، فهى تجوز للولى ولو بغير =

ومن ذلك يتبين أنه إذا كانت الخطبة تتم عن طريق الايجاب والقبول ، فلايهم أن يقوم به الشخص بنفسه أو بواسطة وكيله أو وليه . على أن يراعى بالنسبة للقاصر أنه يلزم موافقة وليه أيضا إلى جانب موافقته . والقاصر فى هذه الحالة هو من لم يبلغ السن التى تنتهى فيها الولاية على النفس . فاذا كان الشخص قد بلغ السن التى تنتهى فيها الولاية على النفس لم يعد قاصرا ، وكان رضاه

= رضا القاصر . ويقول ابن العسال ص١٩٧ فى هذا : « بغير رأى الذى هو تحت الحجر لا يكون إملاكه ولا يكون تزويج إلا أن يتراضى المقترنان والذين هما فى حجرهم . وهذا يمنع من التزويج والاملاك ولا يمنع من الخطبة » . وانظر أيضا ص ١٩٣ من ابن العسال ، وكذلك المسألة الأولى من الخلاصة القانونية حيث جاء أنه إذا لم يكن المخطوب له تحت ولاية غيره صحت خطبته لنفسه . . وإلا قام وليه مقامه فى ذلك . ولكن يراعى أن قيام الولى مقام القاصر فى هذه الحالة لم تكن له نتيجة عملية ، طالما أنه لا يجوز إملاك ولا تزويج بغير رضا القاصر (أنظر حلمى بطرس ، السابق ، ص ١٤٥ بالهامش) . ومن الملاحظ أن الكنيسة قد قاومت شيئا فشيئا سلطة الأصول فيما يتعلق بموافقتهم على زواج الفروع ، وفيما يتعلق بالخطبة ، قد أصدر « Boniface » الثامن مرسوما يخول للوالدين إبرام الخطبة باسم أبنائهم مهما كان سن هؤلاء . ولكن الخطبة فى هذه الحالة لا تترتب عليها آثارها القانونية إلا إذا رضى ذوو المصلحة بها صراحة أو ضمنا ، وهذا الرضا الشخصى يتطلب بلوغ سن السابعة . (انظر :

Traité de droit canonique, t. I, op. cit. par Charles de Clercq, p. 289.)

هذا وينبغى أن يراعى أن الشريعة المسيحية بجميع مذاهبها لا تعرف ما يسمى بولاية الاجبار التى تجيز لولى النفس أن يزوج الصغير الذى تحت ولايته ولو بغير رضاه . فرضا الصغير بالزواج شرط لازم لصحته . ويترتب على ذلك أن جميع المذاهب المسيحية لا تجيز الخطبة لمن لم يبلغ السابعة من عمره لانعدام تمييزه ، ولا تجيز خطبة وليه له ، لأن رضا الصغير بالخطبة شرط لصحتها وهو لا يستطيع إبداء رضائه فى هذه الحالة (أنظر حلمى بطرس ، السابق ، ص ١٤٤-١٤٥)

وانظر كذلك المادة ٤ من مجموعة السريان الأرثوذكس وما أثاره احمد سلامه ، ط ٣ ص ٤٣٣ - ٤٣٤ بشأن هذا النص من ملاحظات) .

معتبرا . أما إذا لم يكن قد بلغ هذه السن ، فإنه يلزم كذلك موافقة وليه [1] .

عدم المانع : لا تجوز الخطبة إلا بين من لا يوجد مانع شرعى من زواجهما . ذلك أن الخطبة إنما هى وعد بالزواج ، فإذا كان هناك مانع من الزواج ، فان هذا المانع يقوم أيضا بالنسبة للخطبة . وعلى ذلك لا تصح الخطبة بين من تربطهم رابطة قرابة أو مصاهرة ، كما لا تصح فى حالة اختلاف الدين ... على ما سيرد ذكره عند الكلام عن موانع الزواج . فالخطبة ، كما قيل ، لا تصح إلا بين من « تجوز زيجتهما » ، أى بين من لا يوجد مانع من زواجهما . وهذا ما قضت به القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة [2] .

ولكن هل يلزم ألا يوجد مانع من الموانع عند إبرام الخطبة أيا كان هذا المانع ، حتى ولو كان من الموانع المؤقتة التى يحتمل زوالها فيما بعد ؟ لاجدال

---

(١) وتنتهى الولاية على النفس فى الشريعة الاسلامية بالبلوغ ، أى بلوغ الحلم ، أو بتمام الخامسة عشرة عند أكثر الفقهاء . أما عند الاقباط الأرثوذكس فتنتهى الولاية على النفس فى الحادية والعشرين (مادة ١٦٠ من مجموعة ١٩٥٥) وهذا هو نفس الحكم بالنسبة للسريان الأرثوذكس (م ١٦٤) ، وتنتهى عند الانجيليين ببلوغ سن الثامنة عشرة (مادة ٣٢ من قانون الانجيليين) . أما بالنسبة للكاثوليك فالظاهر أن الولاية على النفس تنتهى فى السن التى يصح فيها الزواج وهى ١٦ سنة للرجل و١٤ سنة للمرأة (قارن المادة ٥٧ من الارادة الرسولية ، وانظر شفيق شحاته ، السابق جزء ١ ، ص ٧٦) .

(٢) أنظر المادة الأولى من الخلاصة القانونية . وانظر ابن العسال ص ١٩٣ ، وقوانين ابن لقلق فى ملحق ابن العسال ص ١٧ . وانظر كذلك المادة الثانيـة من مجموعة الأقباط الأرثوذكس (١٩٥٥ وكذلك مجموعة ١٩٣٨) . والمادة ١١ من مجموعة السريان الارثوذكس ، وتنص على أنه « تصح الخطبة حيثما يصح الزواج ، أى متى لا توجد موانع شرعية من الاقتران . والمادة الثانية من قانون الانجيليين ، وهذا النص الأخير يستلزم أن يكون الطرفان « راشدين » على عقد الزواج بينهما بالكيفية والشروط المعروفة فى باب عقد الزواج » ، ومن بين شروط عقد الزواج ألا يقوم مانع يمنع منه (أنظر المادة ٧ من قانون الانجيليين) .

فى أنه إذا كان المانع من الموانع الدائمة الثابتة التى لاتزول ، كالقرابة مثلا ، فان الخطبة لا تصح . لكن إذا كان هناك مانع من الموانع المؤقتة كاختلاف الديانة أو المذهب مثلا ، وهو أمر مؤقت يحتمل زواله ، فهل يمنع ذلك من الخطبة ؟ بمعنى أنه ماذا يكون الحكم إذا كان هناك مانع من الزواج وقت الخطبة ، لكن هذا المانع سيزول عند إبرام الزواج نفسه ، كما لو كان الخاطب مثلا من الأقباط الأرثوذكس والمخطوبة من غير الأرثوذكس ؟ الواقع فى مثل هذه الصورة أنه قد لايتسنى إبرام الخطبة رسميا أمام رجل الدين الذى عليه أن يتحقق من خلو الطرفين القادمين على الزواج من الموانع ، لأن المانع قائم وقت الخطبة . ولكننا نرى أنه يمكن أن يوجد تواعد بالزواج فى مثل هذه الحالة أو بمعنى آخر يمكن القول بقيام نوع من الخطبة البسيطة . وهذا قاصر بطبيعة الحال على الموانع التى يمكن زوالها ، أى الموانع المؤقتة ، كاختلاف الملة مثلا ، طالما أن المانع سيزول وقت ابرام عقد الزواج .

السن : وأما بالنسبة للسن فان الأمر يختلف عن السن المطلوب للزواج ، إذ العادة أن تعقد الخطبة قبل الزواج بمدة . ولهذا فان السن التى تحدد للخطبة تكون أقل من السن التى تحدد للزواج . وتختلف الكنائس الشرقية بخصوص السن التى لا تجوز الخطبة إلا ببلوغها . ولعل السر فى ذلك — أى فى اختلاف تحديد السن — يرجع ، كما هو الشأن فى حالة الزواج أيضا ، إلى أن هذه المسألة ليست مسألة دينية ، فلم يرد بشأنها حكم فى القوانين الإلهية ، وإنما هى من المسائل التى يحددها القانون الكنسى طبقا للاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية .

وتنص مجموعة الأقباط الأرثوذكس[1] فى المادة ٣ على أنه « لا تجوز

---

(١) مجموعة ١٩٥٥ ، وكذلك مجموعة ١٩٣٨ .

الخطبة إلا إذا بلغ سن الخـاطب سبع عشرة سنة والمخطوبة خمس عشرة سنة ميلادية كاملة » فاذا كان أحد الخاطبين قاصراً ، أى إذا لم يكن قد بلغ السن التى تنتهى فيها الولاية على النفس ، يلزم أن يوافق وليه أيضا على الخطبة .

على أن المادة ١٥ من المجموعة سالفة الذكر[١] تقضى بأنه « لا يجـوز زواج الرجل قبل بلوغه ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة ولا زواج المرأة قبل بلوغها ست عشرة سنة ميلادية كاملة » . ومعنى ذلك أن من المتصور ، إذا ما تمت الخطبة عند السن المحدد لها ، وتم الزواج عندالسن المحدد له ، أن تكون المدة بين الخطبة والزواج سنة . ولـكن هذا التحديد لم يقصد به أن تـكون المدة بين الخطبة والزواج سنة ، ولـكن قصد به بيان أن هذه قد تكون مدة كافية لتحقيق أغراض الخطبة . والواقع أنه لم يقصد جعل مدة السنة حداً أدنى أو حداً أقصى يتم الزواج بعدها ، لأن من المتصور أن تطول المدة عن السنة أو أن تقل عنها .

فمن المتصور أن تقل المدة عن سنة إذا ما تمت الخطبة مثلا فى سن السابعة عشرة والنصف للرجل والخامسة عشرة والنصف للمرأة ، ثم تم زواجهما بمجرد بلوغ السن القانونية وهى ١٨ سنة و١٦ سنة ، أى بعد مضى ستة أشهر . وهذا لا يتعارض أبداً مع النصوص .

ومن المتصور كذلك فى الصورة الأخرى أن تزيد المدة عن سنة ؛ ذلك أن السن المحدد للزواج إنما هو الحد الأدنى الذى لا يمكن إجراء الزواج قبله ، ومن المتصور أنه إذا تمت الخطبة عند السن المقرر لها وهو ١٧ و ١٥ أن تطول

---

(١) مجموعة ١٩٥٥ وتقابل المادة ١٦ من مجموعة ١٩٣٨ .

الفترة عن سنة ؛ وهذا لا يتعارض كذلك مع النصوص[١] . بل إن من بين نصوص مجموعات الأقباط الارثوذكس ما يؤدى إلى ذلك ، وإن من الجائز أن تطول المدة بين الخطبة والزواج عن سنة ، فتقرر المادة ٩ من مجموعة ١٩٥٥ أنه إذا لم يتم الزواج فى خلال سنة من تاريخ انقضاء ميعاد العشرة أيام الخاصة بالاعلان عن الخطبة (أنظر المادة الثامنة) ؛ فلا يجوز حصول الزواج إلا بعد إعلان جديد . ومعنى ذلك أن المدة ستزيد عن سنة فى هذه الحالة ، إذ يتعين بعـــد انقضاء السنة الأولى انتظار إعادة الإعلان من جديد ، وبقائه لمدة عشرة أيام يصح بعدها إجراء الزواج . والمهم فى هذا الصدد أن يصل الطرفان بعد انتهاء فترة الخطبة إلى الحد الأدنى لسن الزواج على الأقل ، بحيث أنه إذا كانا لا يبلغان السن المذكور عند انتهاء المدة التى يحـددانها للزواج فى عقد الخطبة ، فان الميعاد يمد إلى حين بلوغ السن التى يجوز فيها الزواج[٢] .

ولم يحدد لدى الطوائف الكاثوليكية سن للخطبة ما دام الشخص قد بلغ سن السابعة ، مع مراعاة أن الزواج لا يكون قبل ١٦ سنة للشاب و ١٤ سنة للفتاة[٣] . ويبدو أنه لا يلزم لدى الكاثوليك أخذ موافقة الولى على الخطبة إذا

---

(١) قارن حلمى بطرس ، السابق ، ص ١٤٦ .

(٢) أنظر المسألة الثانية (خامسا) من الخلاصة القانونية ، وعند الروم الارثوذكس ليس هناك سن خاص للخطبة لأنهم يعتبرونها — كما قدمنا — مرحلة من مرحلتى الزواج ، وقد نصت المادة الأولى من اللائحة الصادرة فى ١٥ مارس ١٩٣٧ والخاصة بهم على أن سن الزواج هو ١٨ سنة للشاب و ١٥ سنة للفتاة .

وهذا هو الحكم عند الأرمن الارثوذكس الذين لا ينظمون الخطبة كذلك وإن كانوا يجعلون سن الزواج ١٨ و ١٦ سنة . أما بالنسبة للسريان الأرثوذكس فتنص المادة ١٢ (رابعا) على ألا يكون الطرفان دون السن المحدود ، أى أن لايكون الذكر فى أثناء الخطبة دون ١٦ سنة والأنثى دون ١٢ سنة .

(٣) أنظر المادة ٥٧ من الارادة الرسولية . وقارن مع هذا المادة ٣ (رابعا) من مختصر القواعد الأساسية فى الأحوال الشخصية لفليب جلاد . (جزء ٥ ص ٣٤٥) . وكذلك المادة ١٠١ من نفس القواعد (ص ٣٨٢) . وانظر أيضا : De Smet ، السابق ص ١٢-١٣ .

ما تمت بعد بلوغ سن ١٦ سنة أو ١٤ للطرفين ، لأنه إذا كان الزواج ينعقد صحيحا فى هذه الحالة بدون حاجة إلى موافقة الولى ، فان الخطبة تنعقد من باب أولى[١]. ولـكن ينبغى أن يراعى فى هذا الصدد ما نصت عليه الارادة الرسولية فى المادة ٢٤ من أنه فى حالة الأبناء القصر (mineurs) ، يتعين على الكاهن أن ينصحهما بألا يعقدا الزواج دون معرفة والديهما أو على الرغم منهما، فاذا لم يذعنا ، فليمتنع عن الزواج ، ولا يحضره إلا بعد أن يستشير الرئيس الكنسى المحلى . وقد قيل فى هذا الصدد : إن موافقة والدى القاصرين ، وإن كانت غير معتبرة شرطا أساسيا لصحة الزواج ، إلا أنها ضرورية بالنسبة للتعليمات الدينية الواجب على الكاهن اتباعها ، ليكون عمله سليما وغير معاب عليه من الناحية الدينية[٢] .

أما بالنسبة للانجليين فيشترط لجواز الخطبة أن يكون الخاطبان بالغين سن الرشد . ولا يقصد بسن الرشد فى هذه الحالة سن الرشد الخاص بالتصرفات المالية ، وإنما المقصود هو سن الرشد الخاص بالزواج والمنصوص عليه فى المادة العاشرة من قانون أحوالهم الشخصية . ومعنى ذلك أن الخطبة لا تصح إلا إذا بلغ الشاب ١٦ سنة والفتاة ١٤ سنة[٣] .

هذا ويراعى أنه وإن كانت القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة قد حددت سن الخطبة أو الزواج ، وأنها لا تتحد فيما بينها بالنسبة لهذا الموضوع ، إلا أنه

---

(١) أنظر ، شفيق شحاته ، السابق جزء ١ ، ص ٧٦ .

(٢) تادرس ميخائيل ، الأحوال الشخصية للمصريين ، السابق ، ص ١٥٤ وقد أشار فى هذا الصدد إلى مؤلف « Adrien Cance » عن القانون الكنسى .

(٣) مع مراعاة أن السن التى تنتهى فيها الولاية على النفس عندهم هى ١٨ سنة . (أنظر المادة ٣٢ من قانون الانجيليين) .

ينبغى أن يدخل فى الاعتبار أن الزواج بالنسبة لغير المسلمين أصبح لا يمكن توثيقه إلا إذا بلغ الزوج ١٨ سنة والزوجة ١٦ سنة . ويعتمد الموثق المنتدب فى معرفة بلوغ أحد الزوجين السن القانونية على شهادة الميلاد أو ما يقوم مقامها ، أو شهادة طبية تحرر لهذا الغرض ، هذا ما لم يكن طالب الزواج بحال تؤكد بلوغه السن القانونية[1] .

٨٥ - **ثانيا : الشروط الشكلية** : لا يكفى لقيام الخطبة أن يتراضى الطرفان اللذان بلغا السن التى تستلزمها القواعد الكنسية للطوائف المختلفة واللذان لا يوجد بينهما مانع يمنع زواجهما ، وإنما لا بد كذلك من توافر شكل معين تفرغ فيه الخطبة حتى يمكن أن تخضع للقواعد الخاصة بها فى الشرائع الطائفية المختلفة . وقد استلزمت قواعد الأحوال الشخصية الخاصة بالطوائف المختلفة توافر شروط شكلية فى الخطبة .

فالخطبة عند الاقباط الأرثوذكس يجب أن تتم على يد كاهن من كهنة الكنيسة القبطية الأرثوذكسية . هذا الكاهن يقوم باثباتها فى وثيقة خاصة . وعليه قبل تحرير هذه الوثيقة التحقق من بيانات معينة . فيجب عليه قبل تحرير عقد الخطبة أن يتحق من شخصية الخطيبين ورضائهما بالخطبة ، كما يتحقق أيضا من عدم وجود ما يمنع شرعا من زواجهما ، سواء من جهة القرابة أو الدين أو المرض أو وجود رابطة زواج سابق ، ويتحقق أخيراً من أن الطرفين سيبلغان السن التى يباح فيها الزواج شرعا عند انتهاء الميعاد المحدد لزواجهما فى عقد

---

(١) أنظر المادة ٢٨ من قرار وزارة العدل الخاص بلائحة الموثقين المنتدبين . وانظر كذلك القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بشأن التوثيق .

الخطبة[1]. هذه هى الأمور التى ينبغى على الكاهن التحقق منها قبل تحرير عقد الخطبة . وهذا العقد يشتمل على بيانات يقوم الكاهن بتحريرها وهى :

١ — اسم كل من الخاطب والمخطوبة ولقبه وصناعته ومحل إقامته .

٢ — اسم كل من والدى الخطيبين ولقبه وصناعته ومحل إقامته، وكذلك اسم ولى القاصر من الخطيبين ولقبه وصناعته ومحل إقامته .

٣ — إثبات حضور كل من الخاطبين بنفسه وحضور الولى إن كان بينهما قاصر ، ورضاء كل من الطرفين بالزواج .

٤ — إثبات حضور شاهدين ، على الأقل ، مسيحيين راشدين ، وذكر اسم كل من الشهود وسنه وصناعته ومحل إقامته .

٥ — إثبات التحقق من خلو الخاطبين من موانع الزواج الشرعية .

٦ — الميعاد الذى يحدد لعقد الزواج[2] .

٧ — المهر أو ما يقوم مقامه فى حالة الاتفاق عليهما .

هذه هى البيانات التى يقوم الكاهن بتحريرها . وإلى جانب ذلك ينبغى أن يوقع على الوثيقه التى بها تلك البيانات كل من الخاطب والمخطوبة وولى القاصر منهما والشهود ، كما يوقع عليها أيضا الكاهن الذى حصلت على يده

---

(١) المادة ٦ من مجموعة ١٩٥٥ ومجموعة ١٩٣٨ . وانظر أيضا المسألة الثانية من الخلاصة القانونية . وتضيف المسألة الثانية من الخلاصة أن على الكاهن التحقق كذلك من مسألة تناسب السن بين الطرفين ، كما إذا تزوج شاب بعجوز أو العكس ، فلا تناسب بينهما فى هذه الحالة .

(٢) هذا ويجوز باتفاق الطرفين تعديل الميعاد المحدد للزواج فى عقد الخطبة مع مراعاة السن التى يباح فيها الزواج . ويؤشر بهذا التعديل فى ذيل عقد الخطبة ، ويوقع عليه من الطرفين ومن الكاهن (مادة ٧ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط)

الخطبة . وبعد الفراغ من كتابتها يتلو الكاهن الوثيقة على الحاضرين ، وتحفظ بعد ذلك فى سجل خاص [١] .

هذا بالنسبة للأقباط الارثوذكس . وإذا لم تراع الشكلية على الوجه السابق لا تعتبر الخطبة دينية وإنما قد تعتبر مجرد اتفاق عادى بين الأفراد يخضع للقواعد العامة فى هذا الصدد [٢] .

أما عند الطوائف الكاثوليكية ، فلم يكن يستلزم فى الرضا بالخطبة أية شكلية ، إذ كان الرضا يعتبر كافيا لقيامها ، مهما كانت وسيلة التعبير عنه ، طالما لم يشبه عيب من العيوب ، سواء كان الرضا صريحا أو ضمنيا . بل إن السكوت فى بعض الظروف كان يكفى للدلالة على توافر الرضا . وقد ظلت الكنيسة

---

(١) المادة ٥ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ . وانظر كذلك المسألة الثانية من الخلاصة القانونية . وتضيف هذه المسألة أنه بعد التأكد من البيانات التى نص عليها وتوقيع الطرفين والشهود وتصديق الكاهن يقوم هذا الأخير باتمام الخطبة رسميا بالصلاة الربية والأدعية الروحية ثلاث مرات قائلا هكذا : باسم ربنا وإلهنا ومخلصنا يسوع المسيح اجتمعنا لنتمم خطبة الابن الأرثوذكسى البكر (فلان) لخطيبته الابنة الارثوذكسية البكر (فلانه) الخ .

(٢) والواقع أنه طبقا لما جاء فى مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس وعدم تطلب إتمام الخطبة بالصلاة الرسمية ، فان الخطبة على المعنى الذى جاءت به فيهما تقرب إلى حد ما من الخطبة البسيطة التى نصت عليها المادة التاسعة من الخلاصة القانونية .

وعند **السريان الارثوذكس** تنص المادة ٢٣ على أنه .. بعد حصول الاذن الرسمى باجراء الخطبة من الرئيس الروحى ، مطران الأبرشية أو وكيله المفوض ، يحضر كاهن وشماس وشاهدان من المؤمنين على الأقل ، ووكيل العروس أب كان أو غيره ، والعريس أو وكيله ومعه خاتم وصليب ، وبعد أن يعلن الرضا أمام الطرفين ، يحضر الكاهن والشهود ،حينئذ الكاهن يصلى صلاة البركة على الخاتم ، ثم يذهب فيضعه فى أصبع العروس ويعلق الصليب فى عنقها ، ثم يباركها بالصلاة وينصرف . أنظر كذلك المواد ٢٤-٢٧ من مجموعة السريان . فاذا صارت الخطبة بدون إقامة صلاة رسمية واحتفال علنى (أى بدون حضور كاهن) بل كانت مجرد اتفاق بسيط بين الفريقين ، فانها تأخذ حكم الخطبة البسيطة على ما بينا لدى الاقباط الارثوذكس (انظر المادة ٥٥ من مجموعة السريان) .

الكاثوليكية إلى عهد قريب بعيدة عن التمسك بأية شكلية فى هذا الصدد ، وتبعاً لذلك كانت الخطبة تعتبر صحيحة بصرف النظر عن الاحتفال بها أو إتمامها دون احتفال فى الخفاء ودون توافر العلانية . وفى هذا المعنى جاءت المادة الرابعة من قواعد الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية التى جمعها فيليب جلاد تنص على أنه : « تصح الخطبة سواء كانت احتفالية أو انفرادية ، أى خفية ، لأن العقد يصح بالتراضى ، فلم تحكم الكنيسة قط ببطلان الخطبة البسيطة ، بل إن الاحتفالية قد ألغتها العادة فى كثير من الجهات »[1] .

على أنه كان يترتب على الوضع السابق عواقب وخيمة ، لما كان فيه من تحريض على المعصية ومن خداع للفتيات عديمات الخبرة ، ومن خلافات ومشاحنات لا طائل لها ... ولهذا عدل عن مبدأ الرضائية فى الخطبة بالنسبة للكاثوليك[2] . وجاءت المادة السادسة من الارادة الرسولية للطوائف الشرقية فنصت على «أن الوعد بالزواج ، وإن كان مزدوج الأطراف ويعرف إذ ذاك بالخطبة ، باطل فى كلتا المحكمتين (محكمة الضمير والمحكمة الكنسية) (au for externe et au for interne) ما لم يتم أمام الخورى (le curé) أو أمام الرئيس الكنسى المحلى ، أو أمام كاهن نال من أحدهما الإذن بحضور الخطبة » . كما نصت المادة السادسه فى فقرتها الثانية كذلك أن

---

(١) وقد تكلمت المادة ٣ من نفس القواعد على أقسام الخطبة ، ويتبين منها كذلك أن الخطبة قد تكون كنائسية أو احتفالية وهى ما تعقد بحضرة الكنيسة لدى خورى الرعية والشهود ، وقد تكون انفرادية وهى ما يجرى انعقادها بين الخاطب والمخطوبة على انفراد أو بحضرة والديهما وأهل بيتهما .

وانظر فى هذا أيضا : De Smet ، السابق ، ص ٧-٨ . وانظر كذلك المادة ٤ و ٥ من القواعد الخاصة بالأقباط الكاثوليك .

(٢) أنظر : De Smet ، السابق ص ٨-٩ .

من يحضر الخطبة من هؤلاء يلتزم بتدوين الاحتفال بها فى دفتر خاص بالخطبة وعلى الكاهن الذى يحضر الخطبة ألا يهمل منح البركة المنصوص عليها فى الكتب الطقسية للخاطبين الكاثوليكيين ، إذا كان قانونهما الخاص يتضمن ذلك [١].

ومن ذلك يتبين أنه بالنسبة للطوائف الكاثوليكية الشرقية يتعين ـ بالنسبة للخطبة الكنسية ـ أن تتم أمام رجل الدين ، على النحو المبين فى المادة السادسة من الارادة الرسولية ، وأن رجل الدين يدون الاحتفال بها فى دفتر خاص لذلك ، وهذا لا يعنى أنه يلزم أن يتم العقد كتابة ويوقع عليه الطرفان ، لأن النص كما هو واضح ، لا يستلزم ذلك [٢] ، كما أن إتمام الخطبة فى الشكل الكنسى لايعنى عدم إمكان الالتجاء إلى الخطبة البسيطة التى تتم عن طريق التراضى بين الطرفين ، دون أن تتخذ الشكل الدينى المنصوص عليه فى الارادة الرسولية .

أما بالنسبة للطائفة الانجيلية ، فقد نصت المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية عندهم على أن « الخطبة هى طلب التزوج . وتتم بحصول اتفاق بين ذكر وأنثى راشدين على عقد الزواج بينهما ، بالكيفية والشروط المعروفة فى باب عقد الزواج . . . وتثبت الخطبة بكتابة محضر ممضى بشهادة شاهدين ، على الأقل » . فالنص يستلزم إثبات الخطبة بالكتابة ، كما يستلزم توقيع شاهدين ،

---

(١) المادة ٧ من الارادة الرسولية .

وانظر فى تفصيل هذا الموضوع بصفة عامة : De Smet ، ص ٨ وما بعدها ، و Fourneret ، السابق ص ٥٠ وما بعدها ، Charles Leclercq ، القانون الكنسى ، السابق ، ص ٢٨٨-٢٩٠ .

(٢) والنص الفرنسى للمادة السادسة فى فقرتها الثانية واضح فى هذا إذ يقضى بأن :
" Celui qui assiste à la promesse de mariage est tenu de veiller à ce que la célébration soit notée dans le livre des fiançailles " .

على الأقل على محضر الخطبة . ولا يبين هذا النص فى وضوح ما إذا كان من اللازم إجراء الخطبة أم رجل الدين . وإن كان قد يفهم من عبارة أن الخطبة تتم بالكيفية والشروط المعروفة فى باب عقد الزواج ، أنه يلزم إجراؤها أمام رجل الدين ، لأن الزواج لدى الانجيليين لا يعقده إلا القسس المرسومون قانونا أومرشدو الكنائس الانجيلية المرخص لهم بذلك (مادة١٢من نفس القانون) .

وخلاصة القول فى هذا الصدد أن الخطبة لدى الطوائف المسيحية لا تنعقد بمجرد توافر الشروط الموضوعية التى سبق لنا بيانها ، بل لابد كذلك ، لكى تخضع لولاية الشرائع الدينية ، أن تتخذ الشكل الذى تتطلبه تلك الشرائع من حيث إتمامها على يد رجل الدين ، على النحو السابق[1] .

المطلب الثانى
الاعلان عن الخطبة

Les proclamations anténuptiales

٨٦ — الغرض منه واجراءاته — الأعفاء منه : لعل من أهم الأغراض التى قصدت من إجراء الخطبة فى الشكل الذى تتطلبه القواعد المختلفة للقانون الكنسى

---

(١) ونعتقد أن اختصاص رجل الدين باجراء الخطبة لدى الطوائف المسيحية ، أو غير الاسلامية بصفة عامة ، قد بقى قائما حتى الآن ، ولا يبين من القانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ الذى عدل أحكام القانون ٦٨ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتوثيق أنه قد غير من هذا الوضع . فقد عدلت المادة الثالثة من هذا القانون الأخير فأصبحت مكاتب التوثيق تتولى تحرير جميع المحررات ماعدا عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك بالنسبة للمصريين ، مسلمين وغير مسلمين متحدى الطائفة والملة . وأصبح توثيق عقود الزواج والطلاق بالنسبة إلى المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة يتم بواسطة موثقين منتدبين يعينون بقرار من وزير العدل . ويتبين من ذلك أن القانون قد نظم مسألة توثيق الزواج والطلاق بالنسبة للمتحدى الطائفة والملة من غير المسلمين ، ولم يشر إلى مسألة توثيق الخطبة ، فيظل الوضع على ما كان من قبل . وانظر ما يلى فقرة رقم ٩٤ .

وإتمامها أمام رجل الدين والشهود ... إنما هو إشهارها ، حتى يعلم بها عدد كبير من الجمهور . وتحقيقاً لهذا الغرض كذلك تستلزم القواعد الكنسية للطوائف المختلفة النشر والاعلان عنها . ويقصد من هذا الاجراء إشهار ما نواه الخاطبان من إبرام عقد الزواج بينهما فى المستقبل ، حتى ينتبه الناس إلى ذلك ، وحتى يتسنى لمن يعلم بوجود مانع يقف فى سبيل إتمام الزواج ، أو لمن له وجه للاعتراض ، أن يتقدم فيكشف عن ذلك المانع أو يبدى ما لديه من اعتراض[1] .

ولا يعد هذا الاجراء من الاجراءات اللازمة لانعقاد الخطبة ، أى لا يعتبر شكلا خاصا بالانعقاد ، كما هو الشأن بالنسبة للشروط التى تكلمنا عنها فى الفقرة السابقة ، بل إن الخطبة تنعقد صحيحة إذا توافرت شروطها السالفة الذكر حتى ولو لم يحصل إعلان عنها . وكل ما هنالك أنه يقصد من ورائه ـ كما قدمنا ـ إتاحة الفرصة للكشف عن الموانع وللاعتراض على الزواج . وسنرى فيما يلى أن من الممكن إجراء الزواج دون الاعلان أو النشر ، إذ هناك حالات يعفى فيها منهما .

والاعلان عن الخطبة يقوم به الكاهن الذى يناط به عقدها ، فعليه أن يحرر ملخصا من عقد الخطبة فى ظرف ثلاثة أيام من تاريخ حصوله ، ويعلنه فى لوحة الاعلانات بالكنيسة ، وترسل نسخة منه إلى كاهن الكنيسة التى يقيم كل من الخاطبين فى دائرتها ليعلقه فى لوحة الاعلانات بالكنيسة . ويبقى

(١) وتقضى المادة ٩ من القواعد الخاصة بالكاثوليك والتى جمعها فيليب جلاد أن « المناداة هى إعلانات يشهر بها خبر ما نواه شخصان من إنشاء عقد الزواج بينهما ، يشمل على تنبيه المؤمنين إلى هذا الخبر » .

وانظر فى هذا الموضوع : ourneret ، السابق ص ٩٥ وما بعدها ، وكذلك De Smet ، السابق ، ص ٤٠ وما بعدها .

الملخص معلقا قبل الزواج مدة عشرة أيام تشتمل على يومى أحد . هذا هو ما تقرره القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس[١] .

وعندالكاثوليك لا تعتبر المناداة أو الاعلان (la publication des bans) شرطاً لصحةالزواج . ولكن هذا إجراء لازم أوصت به الكنيسة من قبيلالتهذيب العام ، ومنعا لأضرار ومشاكل يكثر وقوعها منعدم إجرائه، ولمعرفة الموانع التى تحول دون عقد الزواج . وعلى ذلك فتخلف هذا الاجراء لا يؤدى إلى بطلان الزواج لدى الطوائف الكاثوليكية كذلك[٢] .

وتقضى القواعد الخاصة بالاعلان لدى الكاثوليك بأن المناداة تجرى ثلاث مرات مترادفات فى أيام الأحد والأعياد المحلية الموصى بالبطالة فيها . ويقصد بالترادف هنا ألا يدع خورى الطائفة يوما من أيام العطلة بلا مناداة بين المناداة الأولى والأخيرة[٣] . والغرض من اختيار أيام الأحد والأعياد هو ترك أكبر عدد من الجمهور يعرف الخطبة ، حتى يتسنىلمن له وجهفىالاعتراض أن يتقدم .

وتتم المناداة أو الاعلان أثناء القداس (la messe) الرسمى، ما لم توجد ضرورةملحة ، كما إذا لم تتم المناداة أثناءالصلاة ولا يمكن تأخير الزواج ، أو برضاء الكاهن . وهذا هو الإعلان أو المناداة التى تتم شفهيا . إلا أن هناك طريقة

(١) المادة ٨ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ .

(٢) أنظر المادة ١٠ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لفليب جلاد . وانظر أيضا : Charles De clercq القانون الكنسى ، جزء ٢ فقرة ٣٤٤ ص ٢٩٦ .

(٣) أنظر المادة ١٤ من الارادة الرسولية وكذلك المادة ١١ و ١٢ من فيليب جلاد ، جزء ٥ ص ٣٠١ وكذلك Charles De Clercq ، السابق ، جزء ٢ ، فقرة ٣٤٧ ص ٢٩٨ ، و De Smet ، السابق ص ٤٥ .

أخرى تقضى بها القواعد الخاصة بالكاثوليك وتتم عن طريق الاعلان الكتابى، وفى هذه الحالة يجوز للرئيس الدينى للجهة أن يستغنى فى دائرته عن المناداة ويضع إعلانا عاما باسم المتعاقدين على باب الكنيسة أو أية كنيسة أخرى ، وذلك خلال مدة لا تقل عن ثمانية أيام تتحدد بحيث تشتمل على يومى بطالة ، كأن يعلق الاعلان مثلا فى يوم الأحد صباحا قبل القداس ويستمر حتى يوم الاحد التالى . وهذا يقرب مما نص عليه بالنسبة للأقباط الارثوذكس[1].

هذا عن الاجراءات الخاصة بطريقة الاعلان والنشر عن الخطبة، فاذا مضت ستة شهور دون أن يتم الزواج وجبت إعادة المناداة من جديد ، إلا إذا رأى الرئيس الدينى غير ذلك[2]. ولكن المادة ٩ من مجموعة ١٩٥٥ للاقباط الارثوذكس تقضى فى هذا الصدد بأنه إذا لم يتم الزواج فى خلال سنة من تاريخ انقضاء ميعاد العشرة أيام التى يعلن فيها عن الخطبة ، فلا يجوز إجراء حصول إلا بعد تعليق جديد .

أما عن المكان الذى تتم فيه المناداة أو الاعلان ، فقد رأينا أنه يكتفى لدى الأقباط الأرثوذكس بتعليق ملخص الخطبة فى لوحة الاعلانات بالكنيسة التى تمت الخطبة أمامها . فاذا كانا — أو أحدهما — مقيمين خارج دائرة هذه الكنيسة ، ترسل نسخة منه إلى كاهن الكنيسة التى يقيم فى دائرتها كل من الطرفين ، ليعلقه فى لوحة الاعلانات بها . ولا تختلف القواعد الخاصة بالكاثوليك

---

(١) المادة ١٥ من الارادة الرسولية . وانظر كذلك : « شارل دوكليرك » ، السابق جزء ٢ فقرة ٣٤٨ ص ٢٩٩ .

(٢) المادة ٣٠ من الارادة الرسولية ، وانظر كذلك : « شارل دوكليرك ، السابق » جزء ٢ فقرة ٣٥٣ ، وفيليب جلاد ، السابق ، مادة ١٣ .

بصفة عامة عن هذه القواعد ، مع مراعاة الاجراءات الخاصة بالمناداة الشفهية لدى هذه الفئة الأخيرة[١].

هذا وينبغي أن يراعى أن المناداة أو الاعلان عن الخطبة ليس أمراً لازما فى جميع الحالات ، كما أشرنا إلى ذلك من قبل ، ففى بعض الحالات يعفى من اتخاذ هذا الاجراء . وقد أجازت المادة ١٠ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس للرئيس الدينى (الأسقف أو المطران) فى الجهة التى حصلت الخطبة فى دائرتها ، أن يعفى من تعليق ملخص الخطبة عند الضرورة إلى ذلك، وهذا هو الحال أيضا لدى الكاثوليك ، فيجوز للرئيس الدينى للجهة أن يعفى من النشر أو المناداة ، إذا رأى أن الحكمة تقتضى ذلك وكان هناك سبب مشروع ، وله ذلك حتى ولو كان يتعين النشر فى أبرشية أخرى ، وقد يكتفى فى هذه الحالة بالاعفاء من المناداة كلها أو بعضها ، كما إذا خيف فى هذه الحالة الأخيرة مثلا من تأخير الزواج . وإذا ما تعدد الرؤساء الدينيون ، فان حق الاعفاء يكون لمن سيحتفل بالزواج أمامه ، وإذا كان الزواج سيتم خارج دائرة الابرشيات الخاصة بالطرفين ، فان الاعفاء يجوز لأى رئيس دينى خاص[٢].

---

(١) أنظر المادة ١٣ من الارادة الرسولية للكاثوليك ، وانظر كذلك : « شارل دوكليرك » السابق ، فقرة ٣٤٥ — ٣٤٦ ص ٢٩٧ . ثم انظر أيضا : فيليب جلاد ، جزء ٥ المادة ١٤ . وبالنسبة للمناداة الخاصة بالعسكريين والطوافين والغرباء ، أنظر المواد ١٦و١٧ من فيليب جلاد السابق ، ص ٣٥٢ .

(٢) المادة ١٨ من الارادة الرسولية ، وانظر كذلك المادة ١٦ الخاصة بحذف الاعلان بالنسبة للزواج الذى يتم مع الاعفاء من مانع اختلاف العقيدة أو الديانة المختلطة .

ويقابل ذلك المادة ١٠٢٨ والمادة ١٠٢٦ من القانون الكنسى الغربى ، أنظر : شارل دوكليرك ، السابق ، جزء ٢ ، فقرة ٣٥١ و ٣٤٩ بالنسبة للاعفاء من الاعلان وحذفه على الترتيب . وكذلك المادة ١٨ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لفيليب جلاد .

والاعفاء من الاعلان أو المناداة قد يكون لأسباب مختلفة . كما إذا خيف من منع إتمام العقد بغير حق ، أو خشية الكيد والفضيحة ، أو إذا لم يكن من ورائها فائدة أو لم يكن لها جدوى ، كما إذا كان الطرفان غير معروفين فى الجهة التى يتعين فيها الاعلان ...»[1].

هذا عن الاجراءات التى تتبع بالنسبة للاعلان والنشر عن الخطبة قبل إجراء الزواج ، وعن الاعفاء منه فى بعض الحالات . ولكن إذا كانت القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة تتطلب القيام بهذا الاجراء على النحو السابق ، فان الغرض منه كما قدمنا هو الكشف عن الموانع ، ثم إتاحة الفرصة للاعتراض على الزواج . وهذا ما نعرض له فى الفقرتين التاليتين .

٨٧ — الكشف عن الموانع : إن الغرض الذى تهدف إليه الكنيسة من الاعلان والنشر عن الخطبة هو توفير العلانية ، حتى يعلم أكبر عدد من الناس بالزواج الذى ينوى الخاطبان إتمامه . وإذا كانت الاجراءات التى تتبع فى عقد الخطبة الكنسية تحقق هذه الغاية كذلك ، إلا أن الاعلان والنشر فى أيام الآحاد والأعياد على النحو السابق ، من شأنه أن يحقق العلانية على نطاق أوسع ؛ إذ يصل الأمر إلى علم جمهور كبير ، وبذلك تتاح الفرصة للكشف عما قد يكون هناك من موانع تمنع ارتباط الخاطبين بالزواج .

والالتزام بالكشف عن الموانع يقع على كل المؤمنين من المسيحيين ، .

---

(١) أنظر المادة ١٩ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لفيليب جلاد ، وانظر كذلك ، De Smet ، السابق ، ص ٤٧ وما بعدها حيث بين الأسباب التى تعفى من الاعلان ، وكذلك « شارل دوكليرك » السابق ، فقرة ٣٥١ ص ٣٠٠ .

بل إنه يوجد حتى ولو لم يكن هناك إعلان أو مناداة ، إذا علموا من أى طريق آخر بوجود مانع من موانع الزواج . وعلى كل مؤمن ، رجلا كان أو امرأة ، ولو كان قريبا أو صديقا للمنادى إليه ، أن يبين عاجلا وبأقرب فرصة ما يعلمه من موانع الزواج ، وإن كانت من الموانع الخفية[١] .

ويلاحظ فى هذا الصدد أن الذى ينظر إليه هنا إنما هى الموانع الخفية بطبيعتها ، أى غير الظاهرة (occuites) . ذلك لأن الموانع الظاهرة بطبيعتها يمكن الكشف عنها وتبينها بوضوح وسهولة ، ولا يوجد فى الكشف عنها ما يشين ، إذ أنها فى غالب الأحيان تكون معلومة واضحة .

وإذا كان الالتزام بالكشف عن الموانع يعتبر التزاما على درجة كبيرة من الأهمية ، فان ذلك يرجع إلى خطورة المصالح محل الاعتبار ، ولهذا يتعين على الشخص أن يكشف عن الموانع بمجرد استطاعته ذلك ، ويخطر أولى الامر بها ، وإن كان هذا لا يمنع الخاطبين ، بطبيعة الحال ، من التنازل عن الزواج . وبهذا ينتهى الأمر .

على أنه توجد حالات يسقط فيها الالتزام بالكشف عن الموانع ، ويحدث ذلك إذا كان على الشخص التزام بالسكوت . فالكاهن ليس عليه ، بل ولا يستطيع أن يكشف عن مانع لا يعرفه ، إلا عن طريق الاعتراف (confession) فقط . ومثل هذه الحالة أيضا كل سر يصل إلى الشخص عن طريق مهنته ، وهو

---

(١) المادة ٢٠ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لفيليب جلاد . وانظر كذلك المادة ١٧ من الارادة الرسولية ، والمادة ١٠٢٧ من القانون الكنسى الغربى ، وشارل دوكليرك ، السابق ، فقرة ٣٥٠ ص ٣٠٠ .

ما يعرف « بسر المهنة» (secret professionnel)، كالطبيب والمحامى [1].
وإن كان عليهم فى مثل هذه الحالة أن يقوموا بنصح الشخص الذى يزمع الزواج بالعدول عنه .

ومع ذلك فان الالتزام بالكشف عن الموانع يوجد ، حتى ولو كان قد أفضى بالمانع إلى الشخص سرا ، بل حتى ولو اصطحب ذلك باليمين (serment) ، ذلك لأن الصالح العام فى هذا الصدد يدخل فى الاعتبار [2].

وهناك حالة أخرى تعتبر سببا كافيا للاعفاء من الكشف عن الموانع ، هى حالة ما إذا كان الكشف يؤدى إلى ترتيب أضرار جسيمة وشخصية ، سواء من الناحية المادية أم من ناحية الشرف والسمعة . ولكن ينبغى فى هذه الحالة أن تكون الأضرار من الجسامة بحيث تكون النتائج السيئة المتوقع ترتبها على السكوت عن كشف المانع أشد جسامة وخطورة [3].

ومهما يكن من الأمر ، فان من عليهم التزام بالسكوت ، أو من توجد

---

(١) وعلى ذلك فالطبيب الذى يسأل عن مرض أحد عملائه والذى يعلم به عن طريق العميل نفسه ، يخضع أيضا لمبدأ كتمان السر ، حتى ولو كان قيام المرض لا يتفق والزواج ، بل ومهما كان الضرر الذى يتوقع استلزام حدوثه بالنسبة للطرف الآخر . أنظر فى هذا : De Smet السابق ص ٥٢ وهامش رقم ٢ .

(٢) أنظر : De Smet ، السابق ، ص ٥١ ، ٥٢ وخاصة هامش رقم ١ ص ٥٢ ، فيليب جلاد ، السابق ، جزء ٥ ص ٣٤٣ تحت « فتاوى » ، فتوى رقم ١٨ وما بعدها .

(٣) والواقع أن المقصود هنا قبل كل شىء ، الضرر الشخصى الذى يمس السمعة والشرف . وقد يحدث ـ وكثيرا ما حدث ـ أن يتعلق الأمر بالزواج بين أخ وأخته الطبيعية ، أو بين أب وابنته ، ولا يعرف مثل هذه الفضيحة إلا المرأة التى كانت خطيئتها السبب الأول . فى هذه الحالة لا ترغم على كشف المانع إلى رجل الدين أو حتى إلى الخاطبين لما سيلحق بها من العار ، هذا ولو أن إقرارها يعتبر الوسيلة الوحيدة لمنع هذه الوحشية . أنظر فى هذا الصدد : De Smet ، السابق ص ٥٣ وأمثلة أخرى فى هوامش الصفحة نفسها .

لديهم أسباب قوية كافية للسكوت عن الكشف عن الموانع ، يلتزمون مع ذلك ، بقدر المستطاع ، بنصح الخاطبين وبمحاولة إرجاعهما عن إتمام الزواج بطريقة أو بأخرى ، ودون أن يكشف عن السر الذى أفضى به إليه عن طريق المهنة ، أو دون التعرض لأضرار جسمية .

٨٨ — **الاعتراض على الزواج** : رأينا فيما سبق أهمية الإعلان من حيث إتاحة الفرصة للكشف عن الموانع ، وتبدو أهميته كذلك من حيث إتاحة الفرصة للاعتراض على الزواج ؛ وهى مسألة أخرى غير الكشف عن الموانع . ذلك أنه إذا كان الالتزام بالكشف عن الموانع ، التزاما عاما يقع على كافة المؤمنين ، فإن الاعتراض على الزواج إنما هو وسيلة تعطى لذوى المصلحة فقط . وقد حصرت مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس من لهم حق الاعتراض على الزواج فى المادة ٢٨ ، فقررت أن حق المعارضة فى الزواج يكون للأشخاص الآتى ذكرهم : (أ) من يكون زوجا لأحد المتعاقدين (ب) الأب ، وعند عدمه أو عدم إمكانه إبداء رغبته يكون حق المعارضة للجد الصحيح ، ثم للأم ثم للجد لأم ، ثم لباقى الأقارب المنصوص عليهم فى المادة ١٥٥ بحسب الترتيب الوارد فيها [1] . وتقبل المعارضة ، ولو تجاوز المتعاقد سن الرشد . (ج) الولى الذى يعينه « المجلس الملى » طبقا لما هو وارد

---

(١) والأقارب المشار إليهم فى هذا النص هم الأقارب الذين لهم الولاية على النفس . وقد نصت المادة ١٥٥ على أن « الولاية على نفس القاصر هى للأب ثم لمن يوليه الأب بنفسه قبل موته ، فإن لم يول الأب أحدا فالولاية بعده للجد الصحيح ، ثم للأم ما دامت لم تتزوج ، ثم للجد لأم ، ثم للأرشد من الاخوة الأشقاء ، ثم من الأخوة لأب ، ثم من الاخوة لأم ، ثم من الاعمام ، ثم من الاخوال ، ثم من أبناء الاعمام ، ثم من أبناء الأخوال ، ثم من أبناء العمات ، ثم من أبناء الخالات . فاذا لم يوجد ولى من الأشخاص المتقدم ذكرهم يعين المجلس (المحكمة الآن) وليا من باقى الأقارب أو من غيرهم » .

فى المادة ١٥٥ . وتقوم الآن محكمة الأحوال الشخصية بدلا من المجلس الملى فى ذلك .

هذا عن الأشخاص الذين لهم حق الاعتراض على الزواج .

أما عن إجراءات الاعتراض، فانها تتم فى ظرف العشرة أيام التى يحصل فيها النشر أو الاعلان عن الخطبة ، ويكون ذلك بتقرير يقدم إلى الرئيس الدينى المختص . ويجب أن يشمل التقرير على اسم المعترض وصفته والمحل الذى اختاره بالجهة المزمع عقد الزواج فيها ، والأسباب التى يبنى عليها اعتراضه ، والتى يجب ألا تخرج عن موانع الزواج التى نص عليها قانون الأحوال الشخصية ، وإلا كان الاعتراض لاغيا .

ويرفع الاعتراض خلال ثلاثة أيام من تاريخ وصوله إلى المحكمة العادية بدلا من المجلس الملى ، وعليها أن تفصل فيه على وجه السرعة .

ولا يمكن السير فى إجراءات الزواج إلا إذا رفض الاعتراض وصار الحكم فيه نهائيا [1] .

---

(١) أنظر المادتين ٢٩و٣٠ من مجموعة ١٩٥٥ – وانظر المادة ٢٩ وما بعدها من مجموعة ١٩٣٨ . وكذلك تادرس ميخائيل ، الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ، السابق ص ٥١ - ٥٤ . والمحكمة التى تختص فى هذه الحالة إنما هى المحكمة الكلية ، لأنها الجهة الوحيدة المختصة بنظر بطلان الزواج فى الحالة التى يتم فيها (نفس المرجع السابق) .

المطلب الثالث

آثار الخطبه

٨٩ - الحلول التى اخذت بها الطوائف المختلفة - الحق فى العدول واستلزام المقتضى - التعويض على من يعدل بدون مقتض : - إذا تمت الخطبة على النحو السابق مستوفية شروطها الشكلية والموضوعية ، وانتهى الأمر إلى وصول الطرفين إلى التفاهم والتجاوب ، فانهما يعملان على إتمام الزواج فى الوقت المتفق عليه . وفى هذه الحالة تنتهى الأمور نهاية طبيعية ، إذ يتحقق الغرض المقصود من الخطبة ، وينتهى الأمر إلى إبرام الزواج . وهذه النتيجة لا تثير أية اشكالات .

على أن الخطبة قد لا تنتهى إلى ذلك ؛ فقد يعدل أحد الطرفين ولا يتم الزواج ، ذلك أن الخطبة ليست كغيرها من الاتفاقات الأخرى المعروفة فى القانون المدنى ، فلكل من الطرفين أن يعدل عنها ، ولا سبيل لأحد عليه فى ذلك ، أى لا يمكن إكراهه على إبرام الزواج ؛ إذ قد لا يتحقق الغرض الذى شرعت الخطبة من أجله ، من حيث التوافق والتفاهم ، وهما أساس الحياة الزوجية ، نظراً لقدسية رباط الزواج . ولهذا يكون من المصلحة إتاحة الفرصة لكل من الطرفين فى العدول وعدم اجباره على إتمام الزواج ؛ إذ يجب أن يكون كل منهما متمعتا بكل حريته فى التعبير عن إرادته والرضا بالزواج رضاء لا تشوبه أية شائبة .

ولهذا تقرر قواعد القانون الكنسى أن لكل من الخطيبين العدول عن الخطبة ، كما تقرر أنه لا توجد هناك أية دعوى للمطالبة بابرام الزواج ؛ حتى ولو كانت الخطبة صحيحة وتمت فى الشكل الذى تتطلبه القواعد الخاصة بشريعة

الطرفين [1] . وهـذا فى الواقع ما يتفق وطبيعة الخطبة ، ويفرق بينها وبين العقود الأخرى ، إذ يجوز هنا لأى من الطرفين أن ينهى الخطبة بالارادة المنفردة . ولا يمكن إرغامه على قبول الزواج وهو غير راض به . هذا هو الأصل الذى ينبغى أن يكون بالنسبة للخطبة [2] .

ولكن إذا كان لكل من الطرفين الحق فى العدول عن الخطبة بالارادة المنفردة ؛ إلا أن من القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية ما يقرر أنه لابد أن يكون هناك مقتض للعدول . فاذا لم يوجد هذا المتقضى ؛ أى إذا لم يوجد سبب يبرر العدول عن الخطبة ؛ كان هناك مجال لتعويض الطرف الآخر .

وهـذا ما جاءت به القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس ؛ فبعد أن ذكرت المادة ١١ من مجموعة ١٩٥٥ أن لكل من الخطيبين حق العدول عن

---

(١) أنظر المادة ١١و١٢ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط الارثوذكس . وانظر مع ذلك المادة ٤٩ وما بعدها من مجموعة السريان . والمادة ٣ لدى الانجيليين والمادة ٦ من الارادة الرسولية للكاثوليك . وإذا كانت مجموعة السريان تقضى بأنه لا يجوز فسخ الخطبة إلا لأسباب شرعية ، فانه يجب ألا يفهم من ذلك أنه لا يمكن فسخها إذا لم يوجد سبب شرعى ، إذ أن مجموعة السريان تتوقع أن يعدل أحد الطرفين عن الخطبة دون أسباب شرعية ، ولا يترتب على العدول إلا التعويض . هـذا فضلا عن أن مجموعة السريان متأثرة بفكرة جعل الخطبة مرحلة من مرحلتى الزواج . وهذا الاعتبار هو ماحدا بطائفتى الروم والأرمن الأرثوذكس إلى عدم الكلام عن أحكام الخطبة ، لأنهم يعتبرونها مرحلة أولى من مرحلتى الزواج ، وإن كان لا يوجد ما يمنع من أن تكون هناك خطبة بسيطة يمكن العدول عنها (أنظر الطبيعة القانونية للخطبة ، للمؤلف ، ص ٨١ بالهامش) .

(٢) ومع ذلك ، فإن فقهاء القانون الكنسى يقررون أن الطرفين يلتزمان التزاما أخلاقيا من حيث الضمير بالوفاء بالوعد ، طالما أنه لم يكن هناك مقتض للعدول ، وهذا ماقد يرتب على الخطبة آثاراً معينة ، كالالتزام بابرام عقد الزواج فى الوقت المتفق عليه والتعاون المشترك على صيانة العلاقات الودية بين الطرفين طبقا للظروف والتقاليد ، والكف عن كل مامن شأنه أن يجعل الطرفين غير أهل لاتمام الزواج . وإن كانت كل هذه الالتزامات مجرد التزامات أخلاقية ، بطبيعة الحال .

الخطبة ؛ جاءت المادة التالية وقررت أنه لا بد أن يكون العدول بمقتض . وهذا هو ما جاءت به القواعد الخاصة بالانجيليين كذلك .

وهنا يثور التساؤل عما هو المقتضى الذى يبرر العدول دون أن يلزم من عدل بالتعويض . لم تبين القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس ما هو المقتضى فى هذا الصدد ، ومعنى ذلك أن تقدير سبب العدول ينبغى أن يترك للقضاء . ومع هذا فانه يمكن الاستنارة فى شأن المقتضى ، أو السبب الكافى لتبرير العدول ، بما جاءت به بعض الطوائف الأخرى . من ذلك مثلا ما جاءت

= ويرتب فقهاء القانون الكنسى على الخطبة آثارا معينة ، ومن هذه الآثار عدم جواز انفراد أحد الطرفين بالتزوج بغير الآخر طالما ظلت الخطبة قائمة ولم تفسخ شرعا ، إذ أنها مانع محرم من التزوج ما دامت صحيحة قائمة . كما يرتبون على الخطبة كذلك مانع الحشمة العامة الذى من شأنه أن يجعل كلا من الطرفين غير أهل للتزوج بأقارب الآخر حتى الدرجة الأولى ، ويظل هذا المانع حتى بعد فسخ الخطبة ما دامت قد نشأت صحيحة مطلقة (أنظر فى هذا : De Smet ، السابق ، ص ١٨ وما بعدها ، وانظر المادة ٧ من القواعد الخاصة بالكاثوليك ، لفيلب جلاد) .

والظاهر أن الارادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية الشرقية لم تأخذ بمانع الحشمة العامة بالنسبة للخطبة ، بل جعلته يترتب على الزواج فقط ، كما سنرى فيما بعد عند الكلام عن موانع الزواج ، كما أن الموانع المتصلة بالخطبة قد زالت بصفة عامة من هذه الارادة ، سواء كانت هذه الموانع من الموانع المحرمة أومن الموانع المبطلة ، وإن كان يترتب على الخطبة التزام طبيعى ، وهذا الالتزام الطبيعى لا يوجد ، كما قيل ، إلا فى حالة الخطبة الكنسية الصحيحة وحدها ، وأما ما عدا ذلك من حالات الوعد بالزواج فهى مجردة عن القوة الالزامية بالمرة (أنظر فى هذا : « Galtier » عن الزواج فى النظام الكنسى الشرقى ، سنة ١٩٥٠ ، جزء أول ص ٣٠ .

هذا ويراعى أن مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الارثوذكس لم تذكر شيئا من تلك الآثار التى رتبها فقهاء القانون الكنسى على الخطبة ، وهذا هو الحكم أيضا بالنسبة للانجيليين . وانظر المادة ١٢ (أولا) من مجموعة السريان الارثوذكس فى الفصل الخاص بموانع الخطبة والزواج ، حيث تجعل من موانع الخطبة والزواج كون أحد الخطيبين مخطوبا لآخر .

به قواعد الأحوال الشخصية للانجيليين . فقد ذكرت المادة الرابعة من القواعد الخاصة بهم أن السبب الكافى لفسخ الخطبة يمكن أن يكون أحد الأسباب الآتية :

(١) إذا ظهر فساد فى أخلاق أحدهما فيما يختص بالعفة ، ولم يكن معلوما للآخر قبل الخطبة . (٢) إذا ظهر بأحدهما عاهة سابقة على الخطبة لم تكن معلومة للآخر . (٣) إذا وجد بأحدهما مرض فتاك معد . (٤) إذا اعتنق أحدهما دينا آخر بعد الخطبة . (٥) إذا ارتكب أحدهما جريمة مهينة للشرف وحكم عليه بسببها بالحبس سنة فأكثر . (٦) إذا غاب أحد الخطيبين إلى جهة غير معلومة للآخر ، أو بدون رضاه وطالت مدة الغياب حتى بلغت سنة علاوة على الأجل المحدد للزواج .

هذه هى الأسباب التى ذكرتها قواعد الأحوال الشخصية للانجيليين وتعتبر سببا كافيا يبرر فسخ الخطبة [1] . ويكفى أن يوجد واحد من هذه الأسباب حتى لا يحكم على الناكل عن الخطبة بتعويض ما طبقا لما تقضى به القواعد الخاصة بالطوائف التى تستلزم وجود المقتضى للعدول . وهذه الاسباب ما هى إلا أمثلة لما يعتبر مبررا يستند إليه ، ولا مانع من الأخذ بغيرها ، إذ لا يمكن أن توضع قائمة تحصر ما يعتبر سببا كافيا للعدول ، لأن ذلك يختلف باختلاف الزمان والمكان . والقاضى يقدر فى كل حالة على حدتها ما إذا كان هناك سبب كاف يبرر العدول أم لا ، أو بمعنى آخر يقدر ما إذا كان العدول بمقتض أو بدون مقتض .

على أنه إذا كان العدول من جانب أحد الطرفين بغير مقتض فان من

---

(١) أنظر الاسباب التى أوردتها مجموعة السريان الارثوذكس فى المادة ٤٩ ، وكذلك المادة ٥٢و٥٣ .

عدل يلزم بالتعويض . وقد اختلفت القواعد الخاصة بالطوائف فى نظرها إلى تقدير التعويض فى هذه الحالة . أما بالنسبة للأقباط الأرثوذكس فقد فرقت القواعد الخاصة بهم بين ما إذا كان العدول من جانب الخاطب وما إذا كان من جانب المخطوبة . فاذا كان العدول من جانب الخاطب ، « فلا حق له فى استرداد ما يكون قد قدمه من مهر أو هدايا » . أما إذا كان العدول من جانب المخطوبة ، «فللخاطب أن يسترد ما قدمه لها من المهر والهدايا غير المستهلكة» . هذا هو الجزاء المحقق إذا ثبت أن العدول كان بغير مقتض . وهذا الجزاء قد حدد تحديدا تحكميا ، بغض النظر عما إذا كان قد وقع بالطرف المتروك ضرر أم لا من جراء عدول الطرف الآخر . بل إنه يعتبر حقا له فى هذه الحالة حتى ولو تجاوزت قيمة المهر والهدايا ما وقع من أضرار . وهذا التعويض الجزافى محل نظر ، وسنعود إلى ذلك بعد قليل .

ويراعى أن التعويض الذى حددته القواعد السابقة ، يقضى به « فضلا عما لكل من الخاطبين من الحق فى مطالبة الآخر ... بتعويض عن الضرر الذى لحقه من جراء عدوله عن الخطبة » [1] .

والذى يستفاد من النص السابق ، أنه يصح الجمع بين المهر والهدايا وبين التعويض عن الضرر الذى يلحق بالطرف الآخر من جراء العدول عن الخطبة .

أما بالنسبة للانجيليين فإنه إذا كان العدول بدون سبب كاف حكمت السلطة المختصة للطرف الآخر بالتعويضات ، ويخصم من التعويضات المذكورة ما يكون قد دفع نقداً من أحد الخطيبين . أما الهدايا العينية فتضيع على الناكث

---

(١) أنظر المادة ١٢ و ١٣ من مجموعة ١٩٥٥ و ١٩٣٨ ، وانظر المادة ٥٠ وما بعدها من مجموعة السريان الارثوذكس .

وتبقى للآخر . وعلى ذلك ، ينبغى ، طبقا لهذا الحكم أن يبدأ بتقدير التعويض ، ثم يخصم منه ما يكون هذا الأخير قد حصل عليه نقدا من الناكل عن الخطبة .
وإذا كان الحكم السابق قد بين أنه يخصم من التعويضات ما حصل عليه الشخص من مبالغ نقدية ، فإنه لم يبين أنه ينبغى أن يتناسب مقدار التعويض مع الضرر الذى وقع بالمتروك ، كما أنه لم يبين حكم ما لوكان هذا الشخص قد تسلم مبالغ نقدية تتجاوز كثيرا ما ناله من ضرر ، وهل للناكل أن يسترد شيئا منها فى هذه الحالة أم لا ، إذا راعينا أن يكون التعويض على قدر الضرر . وهذا ما قد يتصور كذلك بالنسبة للأقباط الأرثوذكس ، فقد يتجاوز المهر والهدايا قيمة الضرر ، ومع ذلك لا يمكن لمن عدل أن يسترد منها مايجاوز القدر الذى يكفى للتعويض عن الضرر . وقد يكون فى هذا إجحاف بالخاطب الناكل ، إذا يكفى أن يعوض المضرور عما حاق به من ضرر ، لا أن يثرى على حساب الغير . وما هذا فى الواقع إلا نتيجة لفساد الأساس الذى يقوم عليه التعويض فى هذه الحالة ، كما سنرى .

ومن ذلك نتبين أن الأحكام السابقة تقضى بصفة عامة بالحكم على الناكل بالتعويض، وأن القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس[1] والانجيليين تستلزم أن يكون عدول أحد الخطيبين بمبرر أو بمقتض. فاذا ما ثبت أنه لم يكن هناك مقتض للعدول حكم على الناكل بالتعويض ، بل إنه طبقا لقواعد الأقباط الارثوذكس يقدر التعويض بطريقة جزافية دون أن يتقيد بما إذا كان قد وقع بالطرف الآخر ضرر أم لا . هذا التعويض الجزافى يرتبط فقط بانعدام المقتضى فى العدول عن الخطبة .

---

(١) وكذلك السريان الارثوذكس .

٩٠ ـ النظر فى الحلول السابقة ـ طبيعة الخطبة والأساس الذى يمكن أن يقوم عليه التعويض فى حالة العدول عنها : رأينا فيما سبق أن الخطبة إذا ما تمت فى الشكل الذى تتطلبه الشرائع الدينية ، لدى الطوائف التى تنظمها ، فانه يترتب على العدول عنها بدون مقتض تطبيق الجزاءات التى نصت عليها الطوائف سالفة الذكر ، وهى طوائف الاقباط والسريان الأرثوذكس والانجيليين ، إلا أنه ينبغى النظر فى الحلول السابقة على ضوء طبيعة الخطبة والغرض منها لنرى إلى أى مدى ينبغى الأخذ بتلك القواعد . وإذا كان من المسلم به أن القواعد التى نظمتها الطوائف المختلفة هى الواجبة التطبيق بالنسبة للخطبة باعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية ، إلا أن هذا لا يمنعنا من النظر فى الاساس الذى يقوم عليه التعويض لنرى مدى اتفاقه مع طبيعة الخطبة والغرض منها ، مدى اتفاقه مع القواعد العامة فى هذا الصدد . وهذا يجعلنا نعرض لطبيعة الخطبة فى الشريعة المسيحية واستلزام المقتضى فى العدول ثم للأساس الذى ينبغى أن يقوم عليه التعويض .

٩٠ مكرر (١) الخطبة وعد غير لازم ـ حرية العدول : إذا قامت الخطبة بين طرفيها طبقا للاجراءات التى نصت عليها الطوائف السابقة. فانه لا يترتب عليها أى إلزام من الناحية القانونية . ذلك أنه إذا كانت الخطبة اتفاقا ، أو وعدا متبادلا بين الطرفين على إبرام الزواج فى المستقبل ، وتأخذ تبعا لذلك طابع الاتفاقات الأخرى ، إلا أن لهذا الاتفاق خصائصه ، إذ يتدخل القانون ليجعل منه اتفاقا غير ملزم لطرفيه ، حيث يجيز لكل منهما أن يعدل عن وعده . فلا يتم الزواج[1] .

---

(١) ويتضح هذا من النصوص التى أوردتها قواعد الأحوال الشخصية فى هذا الشأن ، كما قدمنا فى البند السابق ، حيث تجيز العدول لكل من الخاطبين ، كما تنص بعض الطوائف صراحة على عدم تخويل أى من الطرفين دعوى للمطالبة باتمام الزواج الموعود به .

ولكل من الطرفين أن يعدل عن الخطبة ، حتى ولو تمت فى الشكل الذى تتطلبه القواعد الخاصة بشريعة الطرفين . ولاشك أن هذا العدول ينهى الخطبة ، بصرف النظر عما قد يقال من أن الخطبة المسيحية عقد ، وعقد شكلى . ذلك أن اعتبار الخطبة عقدا على هذا النحو ، لايغير من طبيعتها وأغراضها على الاطلاق ، باعتبارها وعداً باتمام الزواج فى المستقبل ، إذا ماتم التوافق بين الطرفين . والشكل الذى يضفى عليها لا يجعل منها عقداً ملزما ! بل تظل كما هى ؛ وعدا غير لازم ، وإذا كانت الخطبة الدينية تصاغ فى شكل معين ، وتتم أمام رجل الدين والشهود ، فان الغرض من ذلك هو إشهارها والاعلان عنها ، وإعطاؤها طابع الجدية . ولهذا أهميته فى الشريعة المسيحية ، إذ ييسر لمن له سبيل فى الاعتراض على إتمام الزواج بين الخاطبين أن يتقدم ، كما يتيح الفرصة للكشف عما قد يكون هنالك من موانع تحول دون انعقاد الزواج بين الطرفين . هذا هو الهدف الاساسى من الشكلية التى تستلزم فى الخطبة لدى المسيحيين ، ولا يمكن أن ترتفع هذه الشكلية بالخطبة إلى مرتبة السر المقدس ، كما لا يمكن أن تغير من طبيعتها فتجعل منها عقدا ملزما لطرفيه .

ولهذا لا نرى أن ينظر إلى الخطبة الدينية التى تتم طبقا للأوضاع المرسومة، نظرة خاصة من حيث طبيعتها فيقال إنها ترتب التزاما على كل من الخاطبين بابرام الزواج خلال المدة المحددة له ، مالم يطرأ مايبرر عدوله عنها[1] ، أو أن هذه الخطبة تنشىء التزاما بابرام الزواج ؛ وأنه إذا كان لا يمكن تنفيذ هذا الالتزام عينا ، لما ينطوى عليه التنفيذ العينى من مساس بإحدى الحريات

(١) حلمى بطرس ، السابق ، ١٦٢ .

الشخصية ، فان أثره يقتصر على المطالبة بالتعويض [1] . ذلك أن هذا الرأى الأخير يعنى أن يظل الالتزام قائما . وكل ماهنالك أنه لما كان من غيرالممكن تنفيذه عيناً ، فانه ينفذ عن طريق التعويض ، والتعويض ، فى هذه الحالة ، ماهو إلا بدل من الالتزام الأصلى ؛ كما يقول أيضا صاحب الرأى السابق [2]

والواقع أن الشكل الدينى لايجعل للخطبة أية صفةإلزامية ، بل إنه يبقى لكل من الطرفين حقالعدول عنها . وإذا كان هذا جائزا فى الشرائع المختلفة ، فهو أولى فى الشريعة المسيحية بصفة خاصة ، نظرا لأن الأصلفى الرابطة الزوجية هو عدم قابليتها للانحلال . وقد يعقد الزواج على غير رغبة تامة فى إتمامه ، فتكون حياة الزوجين جحيما ، يحاولان التخلص منها بطرق شتى ، حتى ولو بسلوك مايؤدى إلى ذلك كارتكاب الزنا . وفى هذا ماقد يدفع الأفراد إلى الخروج عن الطريق القويم الذى ترسمه لهم الديانة المسيحية . ولذلك يكون من المتعين عدم تقييد حرية الطرفينفى العدول ، حتى ولوتمت الخطبة فى الشكل الدينى ، لكى تحقق أغراضها ، وحتى لايدفع الافراد إلى محاولة التخلص من الرابطة الزوجية بأية وسيلة ممكنة .

ومن ناحية أخرى ، ينبغى أن نراعى ما هنالك من فوارق بين الوعد بالزواج أو الخطبة ، وبين العقود المدنيه الأخرى . ولا ينبغى القول بأنه إذا لم يكن التنفيذالعينى ممكنا ، فانه ينفذ بطريق التعويض. ذلك أن الأصل فىالعقود المدنية هوالتزام الطرفين بالتنفيذ ، وبالتنفيذ العينى. فاذا لم يكنهذا ممكنا ، حكم

---

(١) شفيق شحاته ، السابق ، جزء ١ ص ٨٠ ؛ وانظر أيضا ص ٨٩ وهامش هذه الصفحة .

(٢) المرجع المشار إليه فى الهامش السابق ص ٨٩ بالهامش .

بالتعويض . والتعويض ، فى هذه الحالة ، ما هو إلا طريق لتنفيذ الالتزام. وهذا يعنى أن الالتزام يظل قائما رغم عدم إمكان تنفيذه عينا . فالتعويض هنا يكون عن عدم إمكان تنفيذ الالتزام عينا ، مع مراعاة أن الالتزام لم ينقض . والوضع فى هذه الحالة يختلف تماما عنه فى حالة الخطبة . ففى حالة الخطبة لا يوجد أى التزام بالتنفيذ ، بل إن الأصل بالنسبة لها هو حرية الطرفين فى العدول عنها ، دون التقيد بها . وإذا ما استعمل أحد الطرفين حقه فى العدول انتهى الأمر . فالعدول عن الخطبة ينهيها ، أيا كان سبب العدول ، ولا يتولد عنها أى التزام عقدى يقع على عاتق من عدل . ولهذا فلا محل للأخذ بما قال به بعض الفقهاء ، فى صدد كلامهم عن الخطبة فى الشريعة المسيحية ، من أن العدول بدون مسوغ إنما هو عدول تعسفى ، وباعتباره كذلك لا يكون له أثر قانونى ، وأن العقد يظل قائما بعد العدول كما كان قبله ، وينتهون من ذلك إلى تنفيذه بطريق التعويض [1] . فالعدول هنا حق للطرفين ، وإذا ما استعمله أحدهما انتهى العقد ، ولا محل للجدل فى ذلك فلا يمكن إذن أن تعتبر مسئولية من عدل عن إتمام الزواج مسئولية عقدية ، تقوم على أساس افتراض الخطأ فى جانب من يعدل عن الخطبة بمجرد عدوله .

ولهذا فان ما جاءت به بعض المجموعات الخاصة بغير المسلمين من افتراض الخطأ فى جانب من يعدل عن الخطبة لا يصح الأخذ به [2] ، لأن هذا يقتضى أن نقيم المسئولية على أساس العقد ، مع أن العقد ينقضى بمجرد العدول عنه ، كما قدمنا سواء كان بمبرر أو بدون مبرر . وهذا أمر لا جدال فيه ، طالما كان من المسلم

---

(١) أنظر شفيق شحاته ، السابق ص ٨٩ والهامش ، وكذلك ص ٨٠ . وانظر فى نقد تطبيق فكرة التعسف فى هذا المجال ، الطبيعة القانونية للخطبة للمؤلف ، رقم ٢٠ وما بعده ص ٣٨ وما بعدها .

(٢) أنظر الطبيعة القانونية للخطبة ، للمؤلف ، السابق ص ٨٥ وهامش ٢ .

به أن الخطبة وعد غير لازم ، وأنها إنما شرعت لأغراض معينة ،وقد لاتتحقق تلك الأغراض ، فلا يكون هناك محل فيها لإلزام أى من الخاطبين بالاستمرار والانتهاء إلى إتمام زواج يقوم من بدايته معرضا للفشل .

والواقع أنه إذا كانت الخطبة اتفاقا بين طرفيها، فان الغرض منها فتح المجال لكل منهما فى بحث حالة الآخر ودراسته بقصد إتمام الزواج متى وجد فيه كل مايريده من شخص يشاركه حياته ، وهذا هو الهدف منها ، إنما لا يترتب على قيامها أى إلزام . وإذا كان القانون يجعل من الخطبة اتفاقا غير ملزم ، فان هذا يرجع إلى الغاية منها ، لأنها كالزواج ، تقوم على اعتبارات نفسية قلبية . فاذا قيل بالزامها لطرفيها كان فى هذا تعارض مع الغاية المقصودة منها ، ولذلك أباح القانون لكل من طرفيها أن يعدل عنها حتى آخر لحظة إلى أن يتم الزواج . وتحقيقا لهذه الغاية لا يباح تنفيذ الوعد بالزواج عينا ، ولا بطريق التعويض ، بل إن كل قيد يحد من حرية الأفراد فى العدول عنه يعتبر باطلا لمنافاته للحرية اللازمة للأفراد فى الزواج ، سواء كان هذا القيد مباشراً أو غير مباشر ، عن طريق استلزام تعويض وفرض مغارم مالية عن مجرد العدول فى ذاته ، أو عن طريق الاتفاق على شرط جزائى ، أو حتى عن طريق إحراج من يعدل وإلزامه بتبرير عدوله وإبداء الأسباب على ذلك ، وإلا كان متعسفا فى استعمال حقه ، كما يذهب البعض[1] . والغرض من كل هذا هو عدم وضع العراقيل فى سبيل عدول أى من الطرفين ، ومن بين هذه العراقيل شعور الشخص بجسامة ما سيفقده أو ما سيتحمل به من جراء العدول ، وقد يتمثل ذلك فى فقده لما قدم من مهر أو هدايا،

---

(١) أنظر للمؤلف الطبيعة القانونية للخطبة ، السابق رقم ٢٠ وما بعده ص ٣٨ وما بعدها .

وقد يتمثل فى مبلغ تعويض عن خطأ مفترض بسبب العدول ؛ بل وقد يتمثل فى ناحية معنوية أو أدبية ، وهى التدليل على عدوله وإعطاء المبرر له ، مما قد يسبب له الحرج إذا ما كشف عنه . كل هذا يتنافى مع الحرية اللازمة للأفراد فى العدول ، ومع الغاية المقصودة من هذا النظام القانونى .

والواقع أن حرية الأفراد فى العدول ولو بالارادة المنفردة ، إنما تتفق وإرادة الطرفين ، كما تتفق كذلك والغاية من هذا النظام القانونى ، وتتفق أيضا مع المصلحة العامة ، ومع ما يقضى به القانون فى هذا الصدد .

فالعدول يتفق ونية الطرفين ، إذ تنصرف نيتهما حين الاتفاق إلى أن الأمر يتعلق بمرحلة تمهيدية سابقة على عقد الزواج ، وإلى أن إتمام العقد من الأمور المحتملة التى وقد تتحقق وقد لا تتحقق . فجواز العدول أمر يجب ان يتوقعه كل منهما فى أى وقت قبل إتمام الزواج . ولا يمكن القول إطلاقا بأن التراضى كان على أساس أنه لا يجوز لأحدهما أن يعدل [١] . فعدم لالزام فى الخطبة إذن لا يخرج عن أن يكون إعمالا وتطبيقا لمبدأ سلطان الارادة ، واحتراما لارادة الطرفين . والعدول أمر يدخل فى الحسبان منذ البداية . ولهذا لا يكون لأى منهما أن يتضرر « إذ ليس لمن رضى بأمر طائعا مختارا ، وهو عالم به ، أن يتضرر من نتائجه ، عملا بالقاعدة الرومانية « Volenti non fit injuria » كما جاء فى أحد أحكام المحاكم [٢] .

---

(١) محمد أبو زهرة ، محاضرات معهد الدراسات العربية ، السابق ص ٦٢ .
ولهذا يجب أن تحكم هذه الفكرة سلوك الخاطبين إلى أن يتقرر مصيرهما بالزواج أو عدمه . فاذا قام أحدهما بتضحيات وسلك مسلكا على أساس أن الأمر نهائى ، كان عليه — فى الأصل — أن يتحمل تبعة مسلكه ، مالم يكن ذلك بسبب خطأ الطرف الآخر ، كما سنرى .

(٢) مصر الكلية فى ٨ نوفمبر ١٩٣٢ المحاماة س ١٥ رقم ١٢٩ ص ١٦١ .

والعدول يتفق كذلك والغاية من الخطبة ، كما قدمنا. لأنه إذا كانت الخطبة قد شرعت تمهيداً للزواج ، فان ذلك إنما ليكون الرضى به بروية تامة ، وعن فحص كاف فى هذه المهلة المشترطة ، تحقيقا للسعادة الزوجية فى المستقبل . فاذا لم يجد أحد الطرفين فى الآخر مايريد ، فلا ينبغى أن توضع العراقيل فى سبيل العدول . وإذا كانت الشريعة الاسلامية لاتقف عقبة فى هذا السبيل وتبيحه بصفة مطلقة، فانه أولى فى الشرائع التى تحد من حالات الطلاق كالشريعة المسيحية ، على نحو ما قدمنا .

وعدم الالزام فى الخطبة يتفق كذلك والمصلحة العامة . إذ أن الزواج هو عقد الحياة . ولهذا يجب أن يتوافر لكل فرد كامل الحرية والاختيار، حتى يستطيع ترديد الأمر على وجوهه المختلفة، فلا يقدم عليه تحت تأثير أو دافع سوى مصلحة الحياة الزوجية وحدها . وإلا فانه إذا تم ، ولم يكن من المستطاع استمرار الحياة الزوجية ، وانتهى الأمر إلى الطلاق ، لكانت العاقبة وخيمة على الزوجين وعلى الجماعة نفسها ، خاصة إذا كان هناك أولاد . وهو ما كان يمكن تلافيه لو تم العدول فى البداية قبل إتمام الزواج . ولهذا يردد الفقهاء القول بأن « الفشل فى الخطبة خير من الفشل فى الزواج »[1] .

هذا هو أساس العدول عن الخطبة ، فهو يدخل فى اعتبار الطرفين ويتفق ونيتهما ، كما يتفق والغاية منها . ويتفق كذلك والمصلحة العامة . هذا بالاضافة إلى أن قواعد الأحوال الشخصية تنص عليه صراحة ، كما بينا . وبذلك لايوجد إلزام من الشارع بالخطبة ، كما يقول فقهاء الشريعة الاسلامية .

---

(١) ويقول الاستاذ De Page فى مؤلفه « Traité élémentaire de droit Civel belge » جزء ١ ط٢ سنة ١٩٤٨ ص ٦٤٠ هامش ٣ إن خطبة مع التجربة أفضل من زواج مع التجربة
“ ... S’il ne vaut pas mieux admettre les fiançailles à l’essai, plutôt que de s‘exposer aux mariages à l’essai ” .

٩٠ مكرر (٢) – استلزام المقتضى فى العدول : رأينا أن الخطبة ، إنما شرعت لحكمة معينة ، وأن الهدف الأساسى منها هو إعطاء الفرصة للطرفين للوقوف على مدى استعدادهما لإقامة حياة دائمة بينهما عن طريق الزواج ، وأنه يكون لكل منهما الحق فى العدول عنها إذا لم يجد فى الآخر مقومات تلك الحياة المستقلة ، وإذا كانت الخطبة تعطى لكل من الطرفين الحق فى العدول ، فانه لا ينبغى أن يقيد هذا الحق بأية قيود ، سواء من الناحية المادية أم من الناحية المعنوية . فلا ينبغى أن توضع العراقيل بفرض غرامات مالية على من يعدل ، أو باستلزام تقديم مبرر للعدول ، وإلا غرم من يعدل دون تقديم المبرر غرامات مالية قد تكون ذات قيمة كبيرة فى بعض الأحيان. إذ الواقع أن هذا يحد من حرية الأفراد فى العدول ، وهو ما يتنافى والغاية من الخطبة ، وما قد يحمل البعض على قبول الزواج وهم له كارهون . إذ يكون عليهم تقديم المبرر أو فقد ما قدم من مهر أو هدايا ، أو دفع الغرامة المتفق عليها ؛ وقد يكون فى كلا الأمرين مشقة تجعلهم يقدمون على الزواج رغما عنهم ، إذ قد يكون تقدير الشخص لما سيضيع عليه من مهر أو غيره مانعاً له من العدول ؛ كما أنه قد يكون فى إلزامه بتقديم المبرر لعدوله إحراج عظيم ، يجعله يقبل إبرام الزواج صاغراً ، مفضلا ذلك على تقديم الدليل فى مسألة من أدق المسائل ؛ وهى مسألة الوصول إلى انسجام وتوافق مع الطرف الآخر الذى سيشاركه حياته المستقبلة . إذ الواقع أن الأمور التى يقيم الشخص عليها حكمه بالنسبة لشريك حياته القادمة إنما هى أمور حساسة دقيقة . وقد يعطى الشخص أهمية خاصة لبعض المسائل ، مع أنها تعتبر غير ذات بال لدى الآخرين ، إذ تتباين طبائع الناس وميولهم. وفى تطلب تقديم المبرر من كل من يعدل إيقاع بالكثيرين منهم فى الحرج . وقد يخجل

الأفراد من الكشف عن تلك المبررات التي يرون أنها مسائل دقيقة شخصية بحتة ، وقد يصعب التعبير عنها أمام القضاء . بل إنه قد يكون في الكشف عنها ما يشين بالطرف الآخر ويسيء إليه ، وخاصة إذا كان ذلك الطرف الآخر هو المخطوبة ، وقد يكون الضرر الذي يحيق بها من جراء الكشف عن المبرر لعدول الخاطب أشد خطورة من تركها بدون تعويض عن العدول . كما أن الشهامة وحسن النية قد تحملان البعض على عدم ذكر السبب الصحيح للعدول عن الخطبة[1] .

على أنه ينبغي أن يراعى كذلك في صدد الكلام عن العدول عن الخطبة في شرائع غير المسلمين أن كل قيد يوضع على حرية الأفراد في هذا الشأن يتنافى مع النظام العام . ولذا ينبغي أن يستبعد كل قيد يحد من تلك الحرية ، سواء كان هذا القيد مباشراً أو غير مباشر . ولا شك أن استلزام تقديم المبرر عن العدول والحكم على الناكل بفقد ما قدم من مهر أو هدايا ، أو بدفع الغرامة المتفق عليها ، إذا لم يكن لعدوله مبرر ، يعتبر قيداً غير مباشر على حرية

(١) أنظر في هذا المعنى حكم محكمة استئناف مصر في ١٧ ديسمبر ١٩٣١ المحاماة س ١٢ رقم ٤٢٢ ص ٨٥٥ وقد جاء فيه إنه « لا يجوز البحث في الأسباب التي حملت الخاطب عن العدول عن الخطبة ، لأن الخوض في البحث عن المبرر يؤدي إلى إفشاء أسرار العائلات وإظهار فضائح تحرص الأديان والشرائع الوضعية على سترها لما قد ينجم عن إذاعتها من النتائج الخطيرة مما يمس النظام العام والآداب . ومطالبة من عدل عن الخطبة بإبداء الاسباب التي أدت إلى العدول والاستهداف إلى الحكم عليه بالتعويض ، فيه إحراج شديد للخاطب والمخطوبة على السواء ، واعتداء على مالكيهما من الحرية المطلقة في إبرام الزواج الذي إذا تم بغير محض إرادة أحد طرفيه كان سببا في شقائهما وتعاستهما ومفوتا للغرض المقصود منه » . وانظر كذلك ماجاء بحيثيات حكم للمحكمة نفسها في ٢٣ مايو ١٩٢٦ المجموعة الرسمية س ٢٧ رقم ٤٥ ص ٦٨ حيث رفضت التعويض عن الضرر الادبي حتى لا تتدخل في بحث الشئون الشخصية والاعتبارات اللصيقة بالحرمات « وهي تسع كل الاحتمالات ، وفيها مجال للاعذار الرجيهة التي تقدم في سبيل قران شخص بأخرى . . . » .

الأفراد فى إبرام الزواج . ولهذا ينبغى أن تكون هذه الحرية مطلقة من كل قيد . فالزواج – كما جاء فى أحد أحكام الاستئناف [١] – « ليس فى حقيقته من عقود المعاملات ، بل هو بناء اجتماعى منوط به توفير السعادة على الزوجين واستتباب السلام العائلى، وهو لا يتحقق إلا بانعقاده بخالص الرضا بين الطرفين . وهذا الشرط يقتضى خلوه من التقيد بالوعد السابق والتعرض للتضمينات» [٢] .

وإذا كنا نرى إباحة العدول لكل من الطرفين دون أية قيود ، ودون استلزام تقديم المبرر لذلك ، فما هو الحكم بالنسبة لما تنص عليه القواعد الخاصة ببعض الطوائف من استلزام المبرر للعدول وإلا غرم من يعدل بما قدمه من مهر أو هدايا ، أو التزم بالغرامة المتفق عليها فى الخطبة كشرط جزائى ؟ الواقع أن القواعد السابقة لا تقضى بهذا النوع من التعويض الجزافى إلا فى حالة العدول بدون مبرر . فاذا كان هناك مبرر للعدول لا مجال لهذا التعويض الجزافى. وهذا يبين أنه يترتب على الخطبة آثار معينة فى حالة ، ولا تترتب أية آثار فى الحالة الأخرى ، مع أن طبيعة الخطبة واحدة فى جميع الحالات ، لا تختلف بحسب ما إذا كان للعدول مبرر أو لم يكن له مبرر ، والعدول ينهيها فى جميع الحالات ، كما قدمنا . وإذا

---

(١) استئناف مصر فى ٣٠ يونيه ١٩٣٠ المحاماة س ١١ رقم ٣١٣ ص ٦٢٦ .

(٢) واستلزام عدم وضع القيود على حرية الزواج، ولو بطريق غير مباشر ، هو الذى يؤدى كذلك إلى القول ببطلان كل اتفاق على التعويض ، يلتزم به – سلفا – من يعدل عن الخطبة . وهذا ما يؤدى كذلك إلى عدم إعمال أحكام العربون فى هذا الشأن . ويتفق الفقه على عدم صحة الشرط الجزائى ، حتى من يرى أن الخطبة تنشىء التزاما باتمام الزواج (شفيق شحاته ، السابق ، فقرة ٨٨ ص ٨٠) .

ولهذا فاننا لا نرى إعمال النصوص التى أوردتها قواعد غير المسلمين فى هذا الصدد باعتبارها تتنافى مع حرية الزواج ، من ذلك ما جاء فى كتاب الاحكام الشرعية لابن شمعون بالنسبة لليهود الربانيين من أنه يجوز توثيق الخطبة بعقد كتابى يشتمل على غرامة يلتزم بها من يعدل عن الخطبة من المتعاقدين ، وأن ناقض الخطبة لا يلزمه دفع شىء آخر غير الغرامة المضروبة وذلك بطبيعة الحال فى حالة العدول دون سبب من الاسباب التى نص عليها (أنظر المواد ٧ و٨ و٩) .

ـما انتهت فقد يثار الـكلام عن الآثار التى قد تترتب عليها وهى أمور خارجة ، عن الخطبة ذاتها ، ولا تنشأ عن مجرد العدول فى ذاته . هذا فضلا عن أن افتراض الخطأ فى حالة العدول بدون مبرر فقط يقيم المسئولية على أســاس العقد[1] ، مع أن من المسلم به أن العدول ـ أياً كان ـ ينهى الخطبة ، وأن المسئولية بصدد الخطبة ليست عقدية ، وأن الخطبة ليست ملزمة .

وإذا كان منطق النصوص السابقة ، والتى تستلزم المبرر فى العدول وإلا فقد من يعدل ما قدمه من مهر أو هدايا أو غرم ما اتفق عليه كشرط جزائى ، يؤدى إلى القول بأن الوعد بالزواج يكون ملزما فى هذه الحالة ، وأن المسئولية عن العدول تـكون عقدية ، فان الفقه ـ على ما يبدو ـ قد وقف حائراً أمام تلك النصوص . فقرر البعض أن العدول بدون مقتض يعتبر خطأ يرتب المسئولية التقصيرية رغم اتصاله بالتعاقد ، وأن هذا ما يفسر لماذا لا تترتب مسئولية من يعدل بمقتض[2] . والواقع أننا إذا كنا نوافق على النتيجة التى وصل إليها أنصار هذه الفكرة من حيث إقامة المسئولية عن العدول عن الخطبة ، بصفة عامة ، على أساس القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية ، فاننا لا نصل إلى ذلك من خلال النصوص السابقة التى تقدر ما يضيع على الشخص فى حالة العــدول بدون مبرر تقديراً جزافيا ، كما لا نرى الوصول إلى ذلك أيضا على أساس انعدام المبرر فى العدول فقط ، وإنما الخطأ فى هذه الحالة يكون بالنظر إلى الظروف التى يتم فيها العدول وإلى سلوك من يعدل . هذا فضلا عن أن الاتجاه السابق لا يبرر لنا

---

(١) أنظر فى هذا المعنى : دى باج ، السابق ـ رقم ٥٧٢ ص ٦٤٠ ورقم ٥٧٢ bis ص ٦٤١ ، ويقول إننا إذا أخذنا بفكرة انعدام المقتضى فقط دون غيرها ، فان هذا يؤدى بالضرورة إلى قبول الصفة الالزامية للوعد بالزواج وبالتالى إلى جعل المسئولية عقدية .

(٢) أنظر احمد سلامه ، السابق ، طبعة ١ وخاصة ص ٧٥-٧٦ .

ما تقضى به النصوص السابقة من تقدير ما يضيع على من يعدل بصفة جزافية ، بصرف النظر عن تناسبه مع ما قد يحصل من أضرار . وقد يكون فى فقد المهر والهدايا خسارة جسيمة بمن يعدل تفوق قيمتها بكثير ما قد يحيق بالمخطوبة من ضرر .

وقد دعا هذا الوضع بعض الفقهاء إلى القول بأن مثل تلك النصوص ، بما تتضمنه من جزاء للعدول بغير مقتض ، غير قابلة للتطبيق الآن أمام المحاكم المدنية [1].

والواقع أن كل تناقض وتعقيد فى هذا الأمر يرفعه الاكتفاء بالنص على أن العدول فى ذاته ينهى الخطبة ، دون تفرقة بين ما إذا كان العدول بمبرر أو بدون مبرر ، ودون التعرض لحكم المهر والهدايا وتقدير التعويض تقديراً جزافيا على نحو ما تنص عليه بعض مجموعات الطوائف من غير المسلمين . كما ينبغى أن يترك أمر التعويض للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية ، وهى مسألة لاحقة على العدول ، وبذلك تتاح الفرصة أمام القضاء لعمل التناسب بين الضرر الذى يحيق بالطرف المتروك ، وقيمة التعويض المستحق له ، إذ قد يفوق ما يحصل عليه من مهر أو هدايا قيمة الضرر ، بل وقد لا ينشأ عن العدول ضرر بالمرة ، كما لو كان المتروك هو المخطوبة مثلا ، وسارع شخص آخر إلى التزوج بها ، ولم تلحق بها على هذا النحو أية أضرار مادية أو أدبية .

ولعل ما أخذت به القواعد الخاصة بالكاثوليك هو أقرب الحلول إلى المنطق، بل يمكن القول إنه أفضل حل يصح الأخذ به ، وهو ما ينبغى أن يتخذ

---

(١) أنظر فى هذا : جميل الشرقاوى السابق (٥٩/١٩٦٠) ص ١٠٧ وما بعدها .

كأساس لحل تشريعي يوضع فى هذا الصدد بصفة عامة سواء بالنسبة للمسلمين أم لغير المسلمين . ولقد كانت القواعد الخاصة بالكاثوليك فيما مضى تذكر أسباب فسخ الخطبة والتحلل منها ، ولكن الارادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية الشرقية التى أصدرها البابا عام ١٩٤٩ حذفت كل ذلك ووضعت نصا موجزاً يقضى بأنه « لا دعوى للمطالبة بعقد الزواج بناء على الوعد به ، بل لتعويض الأضرار إن وجب »[1] . ذلك أن الالتزام الذى ينشأ عن الخطبة ، أو الوعد بالزواج ، إنما هو فى الواقع — كما يقول فقهاء القانون الكنسى — التزام أخلاقى . وإذا كانت هذه هى طبيعته ، فانه لا ينبغى أن يجبر أحد الطرفين على تنفيذه ، حتى ولو كان ذلك بطريق غير مباشر ؛ بل يجب أن يعطى لكل من الطرفين كامل الحرية فى العدول دون نظر إلى ما إذا كان لعدوله مبرر أم لا . وكل ما هنالك أنه قد يكون هناك مجال للتعويض عن الأضرار ، إذا كان لهذا ما يبرره طبقا للقواعد العامه . بالنظر إلى الظروف التى يتم فيها العدول . فقد يكون العدول دون مبرر ، لكنه لا يحدث بطريقة خاطئة وضارة بالنظر إلى الظروف التى يتم فيها .

وهذا ما قضت به بعض الأحكام الأجنبية[2] ، وهو ما استقر عليه القضاء عندنا ، كما سنرى فيما بعد .

---

(١) وهذا النص يقابل المادة ١٠١٧/٣ من القانون الكنسى الغربى وهى تنص صراحة على أنه :

" Aucune action pour demander la célébration du mariage n'est admise à la suite d'une promesse de marige, même si celle-ci est valide et si aucune juste cause n'excuse de l'accomplir, seule est possible une action en réparation de dommage pour autant qu'elle est due ".

(٢) أنظر حكما من محكمة بروكسل فى ٣١ ديسمبر ١٩٣٧ ، أشار إليه دى باج ، ص ٦٤٠ هامش ٢ .

٩٠ مكرر (٣) انتهاء الخطبة بالعدول والآثار التى تترتب على ذلك : على أنه إذا كان لـكل من الطرفين حرية العدول على النحو السابق ، دون أية قيود ، فانه يترتب على عدول أى منهما أثره من حيث إنهاء الخطبة ، ويثار الكلام بعد ذلك عن الآثار التى تترتب على ذلك . وفى نظرنا يجب أن يفرق بين الآثار التى تترتب على العدول ذاته ، وبين الآثار التى تترتب بمناسبته . وليس هنا مجال دراسة تلك الآثار دراسة تفصيلية . ولهذا نجتزىء القول فى هذا المجال فنقرر أنه يترتب على العدول فى ذاته ـ فضلا عن إنهاء الخطبة ـ عودة الطرفين ـ فى الأصل ـ إلى وضعهما السابق ، ورد ما قدم من مهر أو هدايا ، دون تفرقة بين ما إذا كان للعدول مبرره أم لا . باعتبار أن مجرد الخطبة ، ومجرد العدول عنها ، لا يولدان حقًا على ما قدم من مهر أو هدايا . خاصة وأن هذا يتمشى مع التـكييف الواجب الأخذ به من أن الخطبة ليست عقداً ملزما . وأن المسئولية عن العدول عنها ليست عقدية ، هذا فضلا عن أنه يجب أن نفصل بين المهر والهدايا ، وبين ما قد يحكم به من تعويض بمناسبة العدول عن الخطبة طبقًا للقواعد العامة ، إذ أن سبب التعويض يختلف عن سبب استحقاق المهر والهدايا[1] .

أما عن الآثار التى تترتب بمناسبة العدول ، فانها تتمثل فى تعويض ما قد يكون هنا لك من أضرار ناشئة عن أفعال مستقلة عن مجرد العدول ذاته ، طبقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية وهو ما ننتقل إلى الكلام عنه فى البند التالى .

٩٠ مـكرر (٤) ـ تعويض ماقد يـكون هنا لك من أضرار بمناسبة العدول ـ أساس التعويض : إذا كان من الممـكن العدول قبل انعقاد الزواج ، على النحو السابق ، فانه يجب ألا نتغاضى عما هنالك من رباط أدبى بين الطرفين .

---

(١) اللهم إلا إذا أدخلنا فى الاعتبار مقدار المهر والهدايا وخصمناها مما قد يحـكم به من تعويض . وهذه مسألة أخرى غير حق الخاطب فى استرداد المهر والهدايا .

وقد يحمل هذا أحد الطرفين – وبناء على ما يبدو له من موقف الآخر – إلى القيام ببعض الاستعدادات ، وإنفاق بعض النفقات فى سبيل الزواج . وتبعا لهذا ، فان من الجائز أن يتم العدول فى ظروف يقع فيها الإضرار بالطرف الآخر . وبعبارة أخرى قد يرتكب من يعدل عن الخطبة خطأ بمناسبة ممارسته لحريته فى العدول بالنظر إلى الظروف التى يتم فيها فقد لا يتم فى ظروف عادية. ومن هنا تولد فكرة المسئولية التقصيرية على عاتق من ينهى الخطبة فى مثل تلك الظروف التى قد يتسبب فيها ضرر للطرف الآخر . إذ ينبغى أن يربط فى هذا المجال بين مبدأ حرية الزواج ، وبين مبدأ المسئولية التقصيرية طبقا للقواعد العامة ، وإنه ليعد تجاوزاً لمقتضيات النظام العام ولحرية الزواج – كما قيل [1] – إذا ما سمح للشخص تحت ستارهما ، بالتخلص من نتائج خطئه ، أو بالتخفيف من المسئولية التى تقع على عاتقه ، طبقا للقواعد العامة ، بالنظر إلى ما يقع منه من أفعال .

ولهذا استقر الرأى السائد فقها وقضاء على مساءلة من يعدل عن الخطبة ، إذا كان هذا العدول قد تم فى ظروف تسبب عنها ضرر للطرف الآخر ، وكان هناك خطأ يعزى إلى من عدل [2] . فأساس المسئولية ليس فى الخطبة ذاتها ، إذ أنها لا تلتزم من الناحية القانونية ، ومجرد العدول عنها لا يكون بذاته مصدرا للحكم بالتعويض [3] . ولكن المسئولية تنتج من ظروف خارجية مستقلة عن واقعة العدول ذاتها ومكونة لخطأ موجب للتعويض عما قد يحدث من أضرار .

---

(١) دى باج ، السابق ، رقم ٥٧١ ص ٦٣٨ .

(٢) أنظر دى باج ، السابق ص ٦٣٨ هامش ٢ والأحكام التى جاءت به ، وكذلك التكملة ، جزء أول ص ٢١١ .

(٣) لأن هذا يعد اعتداء غير مباشر على حرية الزواج ، وهذا نقد يوجه إلى جعل المسئولية عن العدول مسئولية عقدية .

فالمسئولية خارج النطاق التعاقدى . وهى مسئولية تقصيرية . وفارق بين كل من المسئوليتين [١] .

٩١ ـ موقف القضاء من العدول عن الخطبة والتعويض : استقر القضاء الفرنسى على أن المسئولية فى حالة العدول عن الخطبة لاتقوم على أساس العقد، ولكنها قد تترتب إذا توافرت شروط المسئولية على أساس الفعل الضار [٢] . وحجر الأساس فى هذا الموضوع فى القضاء الفرنسى ، حكمان صدرا من محكمة النقض فى القرن الماضى [٣] وقد وضعا الأساس الذى سار عليه القضاء الفرنسى والقضاء المصرى من بعده [٤] .

أما بالنسبة للقضاء المصرى ، فلم تستقر أحكام المحاكم منذ البداية على نحو قاطع فى هذا الصدد إذ يمكن القول أن قضاءها قد تردد بين اتجاهين أساسيين

---

(١) فى التفرقة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، سواء من حيث الاثبات ، أو من حيث مقدار التعويض ومداه ، أو من حيث إمكان التعويض فى حالة المسئولية التقصيرية ، حتى ولو لم يكن هناك وعد رسمى بالزواج ، أو من حيث استلزام الكتابة أو عدم استلزامها للاثبات ، أو من حيث الاختصاص .... أنظر : Weil فى موسوعة دالوز جزء ٤ سنة ١٩٥٤ تحت عبارة Pomesses de mariage رقم ٣٢-٣٨ . وانظر كذلك : بلانيول وريبير ورواست ، ط ٢ سنة ١٩٥٢ جزء ٢ ، السابق رقم ٨٦ والاشارة فى هذا الصدد ، وكذلك : دى باج ، السابق ، رقم ٥٧٢ bis ص ٦٤٤ .

(٢) فاذا لم يكن هناك ضرر ، أيا كان ، ماديا أو أدبيا ، فان المحاكم لاتقضى بالتعويض (أنظر محكمة السين فى ٨ مارس سنة ١٩١٣ (Gaz. Pal. 1913 .I . 643) . وأحكام المحاكم التى تقضى بالتعويض تستلزم جميعها توافر عناصر المسئولية من خطأ وضرر ورابطة سببية بينهما .

(٣) فى ٢٠ مايو و ١١ يونيو ١٩٣٨ (S. 38 .I. 494) .

(٤) وأحكام القضاء الفرنسى ـ يؤيدها الرأى الغالب فى الفقه ـ لازالت مستقرة على هذا الأساس . أنظر نقض مدنى فى ١٦ مارس ١٩٥٥ (D. et S. 1955. j. 324) . وانظر كذلك حكما حديثا للمحكمة ذاتها فى ٢٨ ديسمبر ١٩٦٠ فى : Bull. cass. 1960 I. 466 وفى Gaz. pal (Table, le Sem 1961) تحت عبارة : promesse de mariage . وانظر أحكاما حديثة أخرى من القضاء الفرنسى أشرنا إليها فى بحثنا عن الطبيعة القانونية للخطبة ص ١٤ هامش ٣ .

أحدهما يرفض التعويض فى حالة العدول عن الخطبة، والآخر يحكم به طبقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية . وهذا الاتجاه الأخير هو الذى انتهت إليه محكمة النقض ، وهو الاتجاه السائد الآن .

أما عن الاتجاه الأول ، فقد اتجهت إليه بعض أحكام استئنافية . ويبدو من استعراضها بصفة عامة أنها ترفض الحكم بالتعويض حتى ولو كانت هناك أضرار مادية باعتبار أن العدول عن الخطبة من المباحات ، وبالتالى لا مجال للحكم بالتعويض .

وفى حكم لمحكمة استئناف مصر [١] استعرضت المحكمة أحكام الشريعة الاسلامية وأنها تجيز للخاطب أن يعدل عن خطبته ولا يتحمل فى هذا العدول أية مسئولية ، فضلا عن حقه فى استرداد المهر والهدايا [٢] ، وانتهى من ذلك إلى أن العدول أمر مباح ، فلا سبيل إذن إلى تحميل الخاطب الذى يعدل مسئولية عمل مشروع، لاسيما وأن الشريعة الاسلامية لم تحمل الزوج الذى يطلق قبل الدخول إلا خسارة نصف المهر الذى دفعه ؛ فكيف إذن يحمل الخاطب أضعاف ذلك ؟ واستبعدت المحكمة الحكم بالتعويض عن الخسارة المادية فى إعداد الجهاز ، إذ أن الزوجة على أية حال « كانت مجازفة قانونا باعداده ، وأما شرعا فما كان عليها إلزام بالجهاز » . كما استبعدت المحكمة كذلك الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبى مقررة أن « بحثه يقتضى التدخل فى أدق الشئون الشخصية، والاعتبارات اللصيقة بحرمات الناس ، وهى تسع كل الاحتمالات . وفيها مجال للأعذار الوجيهة التى

---

(١) فى ٢٣ مايو ١٩٢٦ المجموعة الرسمية س ٢٧ رقم ٤٥ ص ٦٨ . وانظر قبل ذلك حكمها فى ٥ يناير ١٩٢٤ المحاماة س٥ رقم ٢٨٧ ص ٣٢٤ .

(٢) أشار الحكم فى هذا الصدد إلى المادة ١١٠ من أحكام الأحوال الشخصية لقدرى باشا والتى تنص على حق الخاطب فى استرداد المهر والهدايا .

تقدم فى سبيل قران شخص بأخرى • فليس إذن من الانصاف ولا من الحكمة أن يفتح هذا الباب لتأويلات الخصوم وقضاء المحاكم » .؛ على أنه اذا كانت المحكمة فى الحكم السابق قد بينت حق الخاطب فى العدول ، وأنه لالوم عليه اذا استعمل هذا الحق ، فانه لاتثريب عليها فى ذلك . ولكن اذا كانت قد رفضت الحكم بالتعويض سواء عن الضرر المادى أم عن الضرر الأدبى، طبقا لما جاء فى الحكم، إلا أنها لم تبحث ما اذا كان الخاطب قد ارتكب خطأ أم لا ، وأن الاضرار التى ترتبت إنما نشأت بخطئه . ولهذا لا يمكن الاستناد الى الحكم السابق للقول بأن المحكمة رفضت الأخذ بالمسئولية التقصيرية فى هذا المجال . إذ يلزم للقضاء بالتعويض فى مثل هذه الحالة أن يثبت خطأ فى جانب من يعدل . فلا عبرة بالضرر الذى ينتج عن مجرد العدول ، وهو ما أخذت به المحكمة وتقرها عليه ، ولكن العبرة بالضرر الذى ينتج عن أفعال مستقلة عن العدول فى ذاته ، وهو ماتقوم عليه المسئولية التقصيرية ، ولم يتعرض له الحكم ، ولهذا لا يمكن القول بأن المحكمة رفضت الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية [1] .

وخلافا للاحكام السابقة نجد هناك حكما من المحكمة نفسها [2] يعرض للمسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، وينتهى إلى عدم إعمال أحكامها فى حالة العدول عن الخطبة بصفة مطلقة . الا أن الأساس الذى استند إليه الحكم فى عدم إعمال أحكام المسئولية أساس غير سليم . إذ بعد أن بين أن حق العدول من الحقوق المطلقة ،

---

(١) وقريب من حكم استئناف مصر فى ٢٣ مايو ١٩٢٦ حكم آخر للمحكمة ذاتها فى ١٧ ديسمبر ١٩٣١ المحاماة س١٢ رقم ٤٢٢ ص ٨٥٥ ، يبدو أنه يتعرض للمسئولية العقدية فقط وينفى الاستناد إليها . ولم يتعرض للمسئولية التقصيرية ، ولهذا لا يمكن الاستناد إليه كذلك فى نفى المسئولية التقصيرية وعدم الأخذ بها فى هذا الصدد .

(٢) استئناف مصر ٣٠ يونيه ١٩٣٠ المحاماة س ١١ رقم ٣١٣ ص٦٢٦ .

وأن حرية الزواج تقتضى عدم التقيد بالوعد السابق والتعرض للتضمينات ، قرر أن إخلال الخاطب بخطبته غير منتج لأية مسئولية قضائية ، سواء كانت عقدية أم تقصيرية ، ذلك — كما جاء فى الحكم — أن أحكام المسئولية التقصيرية « لا تختلف عن أحكام المسئولية التعاقدية من حيث الجوهر . إذ أن أساس التضمينات فى كليهما مترتب على الاخلال بالواجبات القانونية . والحد الفارق بينهما فى هذه النقطة أن الواجبات فى الحالة الأولى مقررة بمقتضى القوانين الجنائية أو غيرها من القوانين الوضعية، بينما هى مقررة فى الحالة الثانية بمقتضى المشارطات أو الاتفاقات المعتبرة قانونا . وبهذا القيد الذى لم يختلف أحد فى صحته ، يصبح إخلال الخاطب بخطبته غير منتج لأية مسئولية قضائية، إذ أنه واقع على واجبات مبناها القوانين الاخلاقية والأدبية فقط » . هذا هو ماقررته المحكمة . والواقع أنه إن صح بالنسبة للمسئولية العقدية، وهو ما نوافق على ماجاء به ، فانه لايصح بالنسبة للمسئولية التقصيرية ، إذ يمكن أن يكون إخلال الخاطب بخطبته مرتبا لمسئولية تقصيرية ، إذا كان الخاطب قد أضر بالآخر ، ويكون بذلك قد أخل بالواجب القانونى العام وهو عدم الاضرار بالغير ، وبالتالى لايكون الحكم سليما فى نفيه الاستناد إلى المسئولية التقصيرية بصفة مطلقة ، ولهذا لايمكن الاستناد إليه فى إنكار التعويض على أساس المسئولية التقصيرية .

ويراعى أنه من بين أحكام الطائفة الأولى التى ترفض الحكم بالتعويض مايستند فى ذلك إلى فكرة بطلان الوعد بالزواج ، وبطلان كل شرط جزائى متصل به[1] .

---

(١) أنظر من بين هذه الطائفة من الأحكام : الزقازيق الكلية (حكم استئنافى) فى ٣ نوفمبر ١٩٢٤ - المجموعة الرسمية س ٢٦ رقم ٧٥ ص ١٣٢ ... وانظر بصفة عامة بالنسبة لفكرة بطلان الوعد بالزواج للمؤلف : الطبيعة القانونية للخطبة ، رقم ٣٧ وما بعدها ص ٩٤ وما بعدها .

أما عن الاتجاه الثاني : فإننا نجد أحكاما كثيرة تقضى بالتعويض فى حالة العدول عن الخطبة . وإذا كانت هذه المحاكم تقر مبدأ الحكم بالتعويض ، إلا أنها لا تتفق فى سبيلها إلى ذلك . فمنها مايبدو أنه يأخذ بفكرة التعويض استنادا إلى القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية ، ويستلزم توافر شروطها ، وبصفة خاصة توافر الخطأ فى جانب من عدل [1] ، ولكن منها مايشير إلى إساءة استعمال الحق فى العدول [2] ، ومنها مايقرر أن الخطبة عقد ملزم [3] ومنها مايعوض عن الضرر المادى [4] ، ومنها مايعوض عن الضرر المادى والأدبى [5] ، وكل هذا يكشف عن عدم تجانسها .

وعلى العكس من ذلك يبدو أن قضاء المحاكم المختلطة فى هذا كان أكثر تجانسا . وقد جاء فى أحد أحكامها إن « حرية العدول التى هى حق من وعد لا يجوز

---

(١) من ذلك حكم الفيوم الجزئيـة ٣٠ نوفمبر ١٩٢٩ محاماة س ١١ رقم ١١٠ ص ١٨١ حيث يقرر أنه إذا كان فى العدول ما حمل أحد الطرفين ضرراً ماديا كان أو أدبيا بسبب **خطأ** وقع ممن عدل فى حق الآخر ، فان المسئولية تترتب .

(٢) أنظر الاسكندرية الأهلية فى ٢٤ نوفمبر ١٩٣٠ محاماة ١١ رقم ٤٣٦ ص ٨٤٢ ، وكذلك استئناف مصر فى ٣٠ يونيه ١٩٣١ محاماة س ١٢ رقم ٢٦٧ ص ٥٣٩ . وانظر للمؤلف : الطبيعة القانونية للخطبة رقم ٢٣ ص ٤٣ بالنسبة للأحكام التى تشير إلى إساءة استعمال الحق .

(٣) الاسكندرية الابتدائية فى ٢٩ نوفمبر ١٩٤٨ محاماة س ٢٨ رقم ٤٣٥ ص ١٠٥٧ . أنظر الطبيعة القانونية للخطبة ، السابق رقم ١٧ ص ٣٢ فى نقد الأحكام التى تقيم المسئولية على أساس العقد .

(٤) أنظر محكمة الاستئناف فى ٣٩ مايو ١٩٠٦ المجموعة الرسمية س ٨ عدد ٣٨ ص ٧٧ (بين غير مسلمين) .

(٥) أنظر على سبيل المثال : استئناف مصر ٢٩ نوفمبر ١٩٣٥ المجموعة الرسمية س ٢٧ رقم ١٠٣ ص ١٦١ ، وفى المحاماة س ٦ رقم ٤٨٧ ص ٧٩٥ (بين غير مسلمين) . وكذلك قنا الجزئية فى ٩ مارس ١٩٣٣ المحاماة س ١٣ رقم ٥٧٦ ص ١١٥٤ . وكذلك حكم الفيوم الجزئية سالف الذكر .

حصولها فى أحوال قد تضر بالطرف الآخر ، كحالة ما إذا ترتب على الخطبة تكاليف ومصاريف من أجل الزواج الموعود به ، كما أن مدة الخطبة وذيوعها والظروف التى أحاطت بها والعدول عن الزواج وما اكتنفه من أمور كل هذا كان من شأنه الاضرار بهذا الطرف ماديا أو أدبيا » [١] . وهذا القضاء متأثر بصورة واضحة بالقضاء الفرنسى . ولذا كانت أحكامه متجانسة فى مجموعها .

وقد انتهى الأمر عندنا إلى تدخل محكمة النقض فى هذا الموضوع، وأقرت الوضع الذى يتجه إلى جعل المسئولية فى حالة إنهاء الخطبة بالعدول عنها، مسئولية تقصيرية ، وذلك طبقا لما استقرت عليه أحكام القضاء الفرنسى فى هذا الموضوع .

وفى حكم أول [٢] أوضحت المحكمة أن الخطبة ليست عقداً ، وأنها لا تقيد طرفيها ، وأن مجرد العدول لا يرتب مسئولية أى منهما ، ما لم تقترن به أفعال مستقلة . وفى هذه الحالة يحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية متى توافرت شروطها . وقد جاء فى الحكم : « إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج . وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحد المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل عنه فى أى وقت شاء ؛ خصوصا وأنه يجب فى هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل

---

(١) استئناف مختلط فى ٢١ نوفبر ١٩٣٥ ، البلتان عدد ٤٨ ص ٣٢ . وجاء فى حكم آخر (بورسعيد الجزئية ٦ نوفبر ١٩٢٠ جازيت ١٩٢٠ عدد ١١ ص ٢٥ رقم ٤٣) « إن إنهاء الوعد بالزواج لا يخول الحق فى التعويض إلا إذا صاحبته ظروف خاصة تجعل منه خطأ موجبا للتعويض بالنسبة للخاطب المتروك ، ومساءلة فاعله طبقا للمادة ٢١٢ مدنى» (وهى الخاصة بالمسئولية التقصيرية) . أنظر أيضا : استئناف مختلط فى ٧ مايو ١٩٠٨ ، بلتان عدد ٢٠ ص ٢١١ - ٢١٢ .

(٢) نقض فى ١٤ ديسمبر ١٩٣٩ طعن رقم ١٣ س ٩ ق مجموعة عمر جزء ٣ رقم ١٤ ص ٢٠ ، والمحاماة س ٢٠ رقم ٢٩٣ ص ٧٦٠ .

الحرية فى مباشرته ، لما للزواج من الخطر فى شئون المجتمع . وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهدداً بالتعويض . ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه ، باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول . قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين ، فانها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه ، وذلك على أساس أنها فى حد ذاتها – بعض النظر عن العدول المجرد – أفعال ضارة موجبة للتضمين » .

هذا هو ماقضت به محكمة النقض ، وقضاؤها فى هذا الصدد قضاء سليم ، ينبغى النظر إليه بعين الاعتبار ، سواء تعلق الأمر بالخطبة بين المسلمين أو بين غير المسلمين ، إذ فى جميع الأحوال لا تعتبر الخطبة عقداً ملزما ، وللأفراد الحرية التامة فى العدول عنها ، ولا مسئولية إطلاقا على مجرد العدول ، بل ولا يلزم من صدر منه العدول بتبريره . ويبدو أن الأحكام الحديثة للمحاكم ، والتالية على صدور حكم النقض سالف الذكر ، قد تأثرت بهذا الاتجاه الواضح لمحكمتنا العليا ، فأبرزت كل الأمور السابقة ، وجعلت المسئولية تقوم على أساس الفعل الضار ، مع استبعاد الأسس الأخرى التى تقوم عليها المسئولية ، فقضت بأن « الوعد بالزواج ، أو الخطبة – وهما سواء فى نظر القانون الوضعى – . . . لا تترتب عليه أية قوة ملزمة . وذلك طبقا للرأى السائد فى الفقه والقضاء فى فرنسا ، والذى استقرت عليه أخيراً أحكام القضاء فى مصر . ويترتب على ذلك إباحة العدول عنه لكل من طرفيه فى أى وقت ، دون أن يلزم الطرف الذى صدر عنه العدول بتبريره ، ولا يكون للطرف الآخر المطالبة بتعويض إلا إذا أثبت قيام خطأ مستقل عن مجرد فعل العدول ، وضرر مستقل أيضا عن الضرر

الذى يترتب حتما على كل عدول . وتكون المسئولية فى هذه الحالة مسئولية تقصيرية ، أو فعلية أساسها الفعل الضار . دون العقد ، ودون إساءة استعمال الحق » .

فاذا كان الثابت فى وقائع الدعوى أن المدعى عليه وعد المدعية بالزواج ، ثم نكل عن وعده ، دون أن يصدر منه أكثر من فعل العدول ، ودون أن يلحقها ضرر أكثر مما ينشأ عادة لمن فى مثل موقفها ، لم يكن لها أن تطالب بتعويض ، حتى ولو كان المدعى عليه قد تعهد فى وعده الكتابى لها بالزواج بدفع هذا التعويض فى حالة النكول ... »[1] .

ويبدو أن الأحكام الحديثة التى تطبق شرائع غير المسلمين تتجه إلى هذه الوجهة من حيث النظر إلى العدول عن الخطبة[2] . وهو ما انتهت محكمة النقض ، حديثا إلى تأييده ، فى حكم لها بين غير المسلمين[3] .

---

(١) بنها الابتدائية فى ١٦ مارس ١٩٥٥ – المحاماة س ٣٦ رقم ١٩٥ ص ٤١٥ .

(٢) من ذلك ماقضت به محكمة القاهرة الابتدائية حيث قررت أن قانون الأقباط الارثوذكس يجيز لأى من الخطيبين العدول عن الخطبة «لأن الخطبة ماهى إلا مجرد وعد بالزواج ولا تكون عقدا له» بل لا بد من وجود العقد الشرعى حتى توجد رابطة الزوجية . والخطبة ترغيب فى الزواج وحينئذ يجوز لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة ولا بلا عذر ، ولو أن ذلك غير ممدوح شرعا..» وقضت المحكمة بفسخ الخطبة بين الطرفين . الحكم فى القضية ١٢٥٧ فى ٢٢ – ٤ – ١٩٥٦ مشار إليه فى إهاب اسماعيل : شرح مبادىء الأحوال الشخصية للطوائف الملية ، ١٩٥٧ ص ١٤٧) .

(٣) جلسة ٢٨ أبريل ١٩٦٠ طعن رقم ٤٣٨ لسنة ٢٥ القضائية ، مجموعة المكتب الفنى ، س ١١ العدد ٢ رقم ٥٥ ص ٣٥٩ . وتتحصل الظروف التى صدر فيها الحكم فى أن الحكم المطعون فيه كان قد قرر أن السبب فى فسخ الخطبة هو إخفاق الطاعن فى الحصول من والد خطيبته على حصتها فى الميراث ، وأن عدوله عن الزواج عدول طائش لم يكن له مسوغ يقتضيه ، ورتبت على ذلك مسئوليته بالتعويض. طعن الخاطب فى هذا الحكم بالنقض واستند فى أسباب الطعن إلى أن الحكم المطعون فيه قد أخطأ فى القانون ، ذلك أن فسخ الخطبة فى ذاته =

وقد وضعت محكمتنا العليا فى هذا الحكم حداً لما يمكن أن يثار حول موضوع العدول عن الخطبة ، وبصفة خاصة بالنسبة لاستلزام المبرر فى العدول ، وبالنسبة للأساس القانونى الذى يقوم عليه التعويض بسبب العدول .

فالعدول عن الخطبة فى حد ذاته لا يعتبر خطأ ، ولا يعد بذاته سببا للحكم على الناكل بالتعويض أو سببا فى ضياع ما قدم من مهر أو هدايا . وهو يعد كذلك حتى ولو كان « عدولا طائشا ليس له مسوغ يقتضيه » . كما جاء فى الحكم المذكور . أى أن العدول ، حتى ولو بدون مبرر ، أو بدون مقتض ، لايعد خطأ . ولهذا لاينبغى أن نربط بين انعدام المبرر فى العدول وبين الخطأ ، والقول بأن العدول بدون مبرر إنما هو عدول خاطىء . ذلك أن الخطأ ، كما ترى المحكمة ، لا ينشأ إلا من أفعال تعد كذلك فى ذاتها ومستقلة عن العدول

= لايستوجب التعويض إلا إذا لازمته أفعال مستقلة عنه استقلالا تاما ينتج عنها ضرر مادى أو أدبى للطرف الآخر ، وأضاف الطاعن أن السبب الذى نسبته إليه محكمة الموضوع ، باعتباره سبب العدول عن الزواج ، لا يوجب مساءلته ، إذ ليس ثمة خطأ فى أن يرغب خطيب فى الاطمئنان على مركز خطيبته المالى ، وسواء وصف عدول الطاعن عن الزواج بأنه عدول طائش أو غير طائش ، فهو سبب لا حق بالعدول ذاته ، وليس مستقلا عنه ، فلا يؤدى إلى مسئولية الطاعن ، والحكم للمطعون عليها بتعويض .

وبعد استعراض هذه الأسباب التى استند إليها الطاعن قررت المحكمة أنه « يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسئولية التقصيرية ، بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة فى ذاتها ، ومستقلة عنه استقلالا تاما ، ومنسوبة لأحد الطرفين ، وأن ينتج عنه ضرر مادى أو أدبى للطرف الآخر . فاذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بالتعويض للمطعون عليها عن فسخ الخطبة ، على ماورد فيه من أن الطاعن أقدم على فسخ الخطبة لغير ما سبب سوى طمعه فى مال والد خطيبته لرفضه أن يخص ابنته بنصيبها فى ماله حال حياته ، واعتبرت المحكمة عدول الطاعن لهذا السبب ، عدولا طائشا ليس له مسوغ يقتضيه ، ورتبت عليه الحكم للمطعون عليها بالتعويض . وكان سبب العدول على هذا النحو لاصقا بالعدول ذاته ، ومجردا عن أى فعل خاطىء مستقل عنه ، فان الحكم المطعون فيه يكون حينئذ قد أخطأ فى القانون إذ قضى للمطعون عليها بالتعويض » .

استقلالا تاما ، ومنسوبة لأحد الطرفين . ولما كان سبب العدول ـ كما تقول المحكمة ـ لا حقا به ، ومجرداً عن أى فعل خاطىء مستقل عنه ، فان العدول الذى وصفته محكمة الموضوع بأنه « عدول طائش ليس له مسوغ يقتضيه » لا يعد عدولا خاطئاً ، ولا تترتب عليه أية نتائج من حيث القضاء بالتعويض ، وإن كان يرتب أثره من حيث إنهاء الخطبة ، بطبيعة الحال .

وإذا كانت المحكمة لم تعتبر العدول على النحو السابق ، ولو كان بدون مسوغ يقتضيه ، عدولا خاطئا ، فانها لم تعتبره كذلك تعسفا فى استعمال الحق ، وبالتالى لم ترتب عليه نتائج التعسف .

وقد فصلت محكمة النقض بصورة واضحة فى الأساس القانونى الذى يقوم عليه التعويض فى حالة العدول عن الخطبة وبصفة خاصة لدى غير المسلمين فى الشريعة المسيحية . فقد قررت فى صورة لا تحتمل الشك أن التعويض فى حالة العدول لا يقوم على أساس العقد ، وإنما لكى يقضى به يجب أن تتوافر شرائط المسئولية التقصيرية ، بأن يكون العدول « قد لازمته أفعال خاطئة فى ذاتها ومستقلة عنه استقلالا تاما ، ومنسوبه لأحد الطرفين ، وأن ينتج عنه ضرر مادى أو أدبى للطرف الآخر » .

وبهذا يمكن القول بأن العدول لا يعد بذاته خطأ ، حتى ولو لم يكن له مبرر وأنه لا يمكن أن يقام التعويض بسبب هذا العدول فقط . ولا يمكن أن يحكم به إلا إذا توافرت شروط المسئولية التقصيرية ، متى وجدت أفعال خاطئة فى ذاتها من أحد الخاطبين وكان هناك ضرر ورابطة سببية بينهما . وهذا يستتبع القول بأنه لا ينبغى أن يفقد من عدل عن الخطبة ما قدم من مهر أو هدايا ، كما تقضى بذلك بعض شرائع غير المسلمين . بل يكون له استردادها فى الأصل ، حتى لا يثرى الآخر على حسابه دون سبب مشروع .

٩١ مكرر – تأييد الفقه للاتجاه السابق : على أن الأساس السابق الذى استقرت عليه أحكام محكمة النقض عندنا ، وتؤيده أحكام المحاكم الأخرى فى مجموعها على ما بينا . هو الذى يقره الفقه السائد عندنا كذلك ، سواء فى ظل أحكام الشريعة الاسلامية أم فى ظل أحكام الأحوال الشخصية لدى غير المسلمين ، إذ أن طبيعة الخطبة ، أو الوعد بالزواج ، لا تختلف فى الحالتين [١] ، وسواء وصفت بأنها عقد ، أم بأنها وعد بالزواج .

ففى ظل أحكام الشريعة الاسلامية ، إذا كان الفقهاء يقرون العدول عن الخطبة ، ولا يجيزون الحكم بالتعويض لمجرد حصوله [٢] ، إلا أنهم يرون أنه إذا وقع بمناسبة هذا العدول ضرر نتيجة تغرير من عدل فانه يسأل [٣] ، كما إذا تسبب الخاطب فى أضرار نزلت بالمخطوبة ، كأن يطلب نوعا من الجهاز ، أو تطلب هى إعداد المسكن ، ثم يكون العدول والضرر ، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذى عدل ، غير مجرد الخطبة والعدول ، فيعوض ؛ إذ للخاطب هنا دخل فى حدوثه . والضرر يزال فى الشريعة الاسلامية ، إذ لا ضرر ولا ضرار [٤] .

---

(١) مع مراعاة أن الخطبة التى نقصدها لدى غير المسلمين ، ليست هى الخطبة على المعنى الذى يصرفها اليه بعض الطوائف من المسيحيين أو اليهود ، باعتبارها مرحلة أولى من الزواج ، والتى لا يمكن التحلل منها إلا للاسباب التى يباح فيها التطليق ، لأن معنى الخطبة لا ينصرف عادة إلى هذا النوع فى الوقت الحاضر ، كما قدمنا .

(٢) أنظر فى تبرير ذلك : محمد أبو زهرة عقد الزواج وآثاره ، معهد الدراسات العربية السابق ص ٦٠ وما بعدها وخاصة ص ٦٦ .

(٣) أبو زهرة المرجع المشار إليه بالهامش السابق رقم ٧٣ ص ٦٦ . وكذلك محمد يوسف موسى . السابق رقم ٦٠ ص ٥٢ - ٥٣ .

(٤) أبو زهرة المرجع المشار إليه بالهامش السابق رقم ٧٣ ، وكذلك : محمد يوسف موسى ، السابق رقم ٥٣ ، ٥٤ ص ٤٩ . وانظر كذلك للمؤلف الطبيعة القانونية للخطبة ، السابق رقم ٥٢ ص ١٣٥ .

وهذا هو ما أقره فقهاء القانون المدنى فى صدد الكلام عن أحكام المسئولية ، فالخطبة كما قيل ، ليست عقداً ملزما ، وأن مجرد العدول عنها لا يكون سببا موجباً للتعويض ، ولكن إذا اقترن بالعدول عنها أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين ، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية[1] .

وهو ما أقره الفقه كذلك فى صدد الكلام عن الخطبة لدى غير المسلمين . وإذا كان البعض من الفقهاء فى صدد الكلام عن الخطبة فى الشريعة المسيحية ، قد حاول أن يقيم المسئولية التى تترتب فى حالة العدول على أساس العقد ، فان هذا الرأى لم يكتب له التأييد ، وانتهت محكمة النقض عندنا إلى عدم الأخذ به كما قدمنا[2] .

هذا هو أساس التعويض فى حالة العدول عن الخطبة ، طبقا لما يقره الفقه ، ومع ذلك ، فانه يمكننا أن نضيف إلى ما سبق مسألة أخرى قد يساء تأويلها بالنسبة للتعويض فى حالة العدول عن الخطبة . ذلك أن جعل التعويض هنا يقوم على أساس المسئولية التقصيرية يختلف تماما عنه فى حالة إقامته على أساس المسئولية العقدية ، أو على أساس الشرط الجزائى ، لأنه سيجنبنا ما يخشاه الفقه والقضاء من أن استهداف أى من الخاطبين للحكم عليه بالتعويضات فيه اعتداء على ما لكليهما من الحرية المطلقة فى إبرام الزواج . إذ الواقع أنه إذا كان ينبغى أن

---

(١) أنظر فى هذا : السنهورى ، الوسيط جزء أول ، مصادر الالتزام ، بند رقم ٥٥٠ ص ٨٢٧ وما بعدها ، وانظر كذلك : منصور مصطفى منصور : تنازع القوانين ، المرجع السابق فقرة ٥٤ ص ١٩٦-١٩٧ .

(٢) أنظر فيما سبق بند ٩٠ وجميل الشرقاوى ، الأحوال الشخصية لغير المسلمين الوطنيين والأجانب ، الكتاب الأول ١٩٥٩ - ١٩٦٠ ص ١٠٨ وما بعدها . وأحمد سلامه ، الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية ١٩٦٢ بند ٢٠٦-٢٠٧ .

نوفر لكل من الخاطبين الحرية اللازمة فى العدول ، فالأمر يقتضى ألا نضع القيود عن أى منهما فى هذا الصدد ، سواء كانت ذلك عن طريق افتراض الخطأ من مجرد العدول فى حالة المسئولية العقدية ، أم عن طريق فقد ما قدم من مهر أو هداياه وقد تكون ذات قيمة كبيرة ، كما هو الأمر بالنسبة للنصوص التى أوردتها كثير من القواعد الخاصة بغير المسلمين ، أم عن طريق شرط جزائى . أما إذا جعلنا المسئولية تقوم طبقا للقاعدة العامة التى تقضى بأن « كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » ، فان الأمر يختلف عما سبق . إذ لا ضير من إعمال القواعد العامة والحكم بالتعويض على من نكل عن الخطبة متى كان قد صدر منه خطأ ، وتسبب بخطئه فى الاضرار بالطرف الآخر ، ومتى كان خطؤه بعيداً عن مجرد العدول فى ذاته . وبصرف النظر عن وجود مبرر لعدوله أو عدم وجود هذا المبرر [1] .

٩٢ ـ الاغواء المتصل بالخطبة : وقد عالج فقهاء القانون الكنسى مسألة أخرى تتصل بالخطبة ويتولد عنها بعض الالتزامات ، وهى مسألة الاتصال الجنسى بالمخطوبة بمناسبة الخطبة . والأصل عندهم أن مجرد الاتصال الجنسى وحده لا يلزم بالزواج ، حتى ولو فى حالة الاغتصاب ، ويكفى فى هذه الحالة أن يقوم المعتدى باصلاح الضرر الذى وقع بطريقة أخرى ، كدفع بائنة (دوطة) طبقا للمثل اللاتينى الذى يقضى « duc vel dota » [2] . أما إذا كان هناك

---

(١) وقد يتصور فى هذا الصدد أن تصدر من أحد الطرفين أفعال تعد خطأ وتسبب ضررا للغير، ثم يعود بعد ذلك فيعدل ، وقد يكون لعدوله ما يبرره ، ومع ذلك فان عدوله إذا كان ينهى الخطبة فى هذه الحالة ، لا يعفيه من المسئولية عن خطئه ، لأن هذا الخطأ مستقل عن العدول .

(٢) وفى الشريعة الاسلامية : « لو أزال بكارة امرأة بحجر أو غيره ، يجب عليه المهر ، كما فى الجنايات ، من الخلاصة (مجمع الضمانات لأبى محمد بن غانم بن محمد البغدادى ـ طبعة ١ . المطبعة الخيرية ١٣٠٨ هـ ص ٣٤٦) .

وعد بالزواج أعقبه اتصال جنسى بين الطرفين ، وكانت الفتاة عذراء طاهرة السمعة ، فانه يمكن القول فى هذه الحالة إن الواعد يلتزم . فاذا كانت الفتاة قد أسلمت نفسها بسبب الوعد بالزواج وتحت تأثير إغراء أن من وعدها واتصل بها اتصالا جنسيا سيصون عرضها فى المستقبل عن طريق التزوج بها ، وكان الوعد جديا ، قام هناك التزام بابرام الزواج كما يقول الفقهاء الكنسيون ، حتى ولو كان العقد فى الفرض الذى نحن بصدده قد اتصل به شرط مناف للآداب أو كان محله أيضاً منافياً للآداب [1] . والظاهر أن فقهاء القانون الكنسى يتشددون فى هذه الحالة بإلزام المعتدى بالزواج بمن كانت ضحية له ، حتى ولو لم تتوافر الكفاءة بين الطرفين [2] .

وقد جاء فى المسألة العاشرة من الخلاصة القانونية « أنه إذا أغصبت بكر من إنسان ، ووقع بها قهرا أو اختيارا ، فان كانت مخطوبة لآخر وارتضى بها ، فهو أولى بزيجتها . وإن لم يرتض خطيبها أو كانت غير مخطوبة من أحد ألزم غاصبها بزيجتها ؛ إن لم يكن متزوجا . بحيث يرضى به أهلها . فان لم يتزوجها ، سواء كان المانع من جهة عدم رضاء أهلها به أو كان بالنسبة لكونه متزوجا ، يلتزم بأن يؤدى لها قيمة مهر أمثالها » . ويلتزم الغاصب بتعويض للفتاة ؛ وكذلك الحال إذا خدعها بأية كيفية كانت ، سواء كان بوعده لها بالزواج أو بتخدير حواسها بمخدر يفقدها الشعور أو غير ذلك ، فانه

(١) أنظر De Smet ، السابق ص ٢٠ بالهامش .

(٢) بل حتى « ولو كانت سمجة فقيرة » ، كما جاء فى شرح الخلاصة القانونية لجرجس فيلوثاؤس عوض ، المرجع السابق ، ص ٢٨ هامش ١ ، وابن العسال ، السابق ص ١٩٩ بالهامش .

يلتزم أن يتزوجها إذا كان أعزب ، إن ارتضى أهلها . هذا بطبيعة الحال مع مراعاة أحكام قانون العقوبات[1] .

وقد عرض الأمر على المحاكم المختلطة فقررت أن فسخ الخطبة لا يعطى فى الأصل إلا حقا فى التعويض عن الضرر المادى ، ولكن إذا سبقه استغواء (**Séduction**) فانه يعطى حقًا فى التعويض الأدبى ، وذلك متى كان الوعد بالزواج قد قصد من ورائه استغواء الطرف الآخر ، وأن الاتصال الجنسى بين الطرفين قد تم بسبب هذا الوعد[2] .

وقد أدخلت المحاكم فى اعتبارها عند تقدير التعويض اعتبارات متعددة ؛ من ذلك مثلا أنها لم تقض بالتعويض لا عن الضرر المادى ولا عن الضرر الأدبى إذا كان الخاطبان قد استسلما معا للضعف الجنسى ، حتى ولو كان هناك مشروع للزواج لم يتم ، فاذا كانت العلاقات بين الطرفين « نتيجة لميل متبادل واندفاع فى الشهوة لم تضبطه الاراده إذ يكون هناك خطأ مشترك لا يترتب عليه الحق فى أى تعويض ، سواء كان الضرر ماديا أو أدبيا ، ولو حصل وعد بالزواج فى خلال فترة المعاشرة[3] » .

كما أن المحاكم لم تدخل الاغواء فى الاعتبار وتجعل منه سببا للتعويض إلا

---

(١) جرجس فيلوثاوس عوض فى تعليقه على المسألة العاشرة من الخلاصة القانونية ، المرجع السابق ، ص ٢٨ هامش ٢ ، وابن العسال ، السابق ، ص ١٩٩ .

(٢) أنظر استئناف مختلط فى ٢ مارس ١٩٣٢ البلتان ٣٤ ص ٢١٤ ، ١٢ يناير ١٩٢٨ البلتان ٤٠ ص ١٣٤ ، ١٩ إبريل سنة ١٩٢٨ ، الجازيت ١٨ رقم ٣٢٣ ص ٢٥٢ ، ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ ، البلتان ٤٢ ص ٣٠٧ .

(٣) أنظر استئناف مختلط فى ١٨ ديسمبر ١٩٢٤ بمجلة المحاماة س ٨ رقم ٧٠ ص ١١١ والبلتان س ٣٧ ص ٨٤ .

إذا اصطحب بالغش والخديعة أو اقترن بضغط أدبى . ويدخل فى تقدير التعويض ما إذا كانت ضحية الاغواء فى سن تسمح لها بتدبر العواقب [١] .

٩٣ — انقضاء الخطبة : لا جدال فى أن الخطبة تنقضى ، كما قدمنا بالعدول عنها إذ أنها عقد غير لازم . وتقضى مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الارثوذكس [٢] بأنه يجوز لكل من الخطيبين العدول عن الخطبة ، ويثبت العدول فى محضر يحرره الكاهن ويؤشر بمقتضاه على عقد الخطبة . ويقوم الكاهن باخطار الطرف الآخر بهذا العدول . وإذا كانت الخطبة تنتهى بالعدول ، فان هناك أسبابا أخرى تنقضى بها ، ومن أهم هذه الأسباب :

(١) رضا الطرفين المتبادل : تنقضى الخطبة إذا اتفق الطرفان على ذلك ، شأنها فى ذلك شأن سائر الاتفاقات الأخرى . فكل من الطرفين وعد وقبل وعد الطرف الآخر . فيستطيع بعد ذلك أن يرتد عن وعده ويتحلل بذلك من التزامه متى رضى الطرف الآخر [٣] .

(٢) إذا طرأ بعد الخطبة حدث جديد ، بحيث لو علم به أحد الطرفين لمنعه

---

(١) استئناف مختلط ، فى ٢٩ يناير ١٩١٦ ، الجازيت ٦ رقم ٢٣٩ ص ٧٦ ، وكذلك ١٢ ديسمبر ١٨٩٤ البلتان ٧ ص ٣٨ .

وانظر كذلك حكما فى هذا المعنى من محكمة السين الاستئنافية فى ١٩ ديسمبر ١٩٢٨ منشور بالمحاماة س ٩ رقم ٥٥٩ ص ١٠٢٥ وقد جاء فى هذا الحكم الأخير أن « الاغواء لا يكون أساسا لمطالبة من صدر منه بالتعويض إلا إذا استعمل وسائل غير مشروعة كالطرق الاحتيالية أو الاستعانة بالنفوذ الشخصى أو الوعد بالخطبة أو الزواج » .

(٢) فى المادة ١١ وانظر كذلك المادة ١٢ من مجموعة ١٩٣٨ .

(٣) وهذا ماتنص عليه مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس فى المادة ١٢ حيث تجيز الرجوع فى الخطبة « باتفاق الطرفين » . وكذلك المادة ٤٩ (خامسا) من مجموعة السريان حيث تجعل من بين أسباب فسخ الخطبة التراضى .

من الخطبة : فقد يحدث أن يكتشف أحد الخاطبين أنه وقع فى غلط أو أنه قد ضلل عليه فيما يتعلق بشخص الطرف الآخر فى موضوع له أهميته بحيث لو علم حقيقة الأمر ما أقدم على الخطبة .

ثم إن الخطبة قد تتم عن بينة وعلم بحالة الآخر لكن الوضع يتغير ، بحيث أنه لو كان كذلك من قبل لما تمت قطعا . فى مثل تلك الحالات يكون للخاطب أن يتحرر من وعده . وإذا كانت الشهامة تقتضى منه الابقاء على الخطبة ، إلا أنه من العسير التأكد من الإبقاء على ذلك طوال الحياة الزوجية ، وخاصة إذا كان التغيير ينبىء عن أن الزواج سيكون غير موفق ، أو أن الاخلاص بين الزوجين سيكون أمراً غير محقق . ومن ذلك مثلا حالة سوء السمعة ، وزوال البكارة والعداوة الكلية بين عائلتى الخاطبين أو بين الخاطبين نفسهما ، أو العقم الطارىء على أثر عملية جراحية ، أو الحمل من شخص آخر ، أو مرض من الأمراض المعدية أو الأمراض السرية أو السل . . إلى غير ذلك .

ويمكن إنهاء الخطبة فى هذه الحالة متى كان أحد هذه الأمور قد طرأ بعد الخطبة ، أو كان موجودا ومستتراً قبلها ثم اتضح فيما بعد ، كما إذا اعتقد الخاطب ، أو كان يعتقد أن المخطوبة شريفة الأصل أو غنية مثلا ، وظهر له فيما بعد أنها ليست كذلك[1] .

---

(١) ينظر فى هذا الموضوع : De Smet ، السابق ، ص ٢٩ إلى ٣٢ ، - وكذلك فيليب جلاد ، المادة ٨ من القواعد الخاصة بالكاثوليك جزء ٥ ص ٣٤٨ .

والواقع أن انقضاء الخطبة فى هذه الصورة يتم عن طريق العدول عنها نظراً لظهور أحداث لم يكن يعلم بها من يعدل عن الخطبة . ولا يثير العدول أى خلاف حول التعويض أو فقد ما قدم من مهر أو هدايا لأن له ما يبرره خاصة لدى الطوائف التى تستلزم أن يكون للعدول مبرر . وبعض الطوائف التى تتكلم عن المبرر فى العدول تجعل هذا ضمن المبررات التى تجيز العدول دون حرم من عدل بأى شىء . أنظر أسباب العدول لدى الانجيليين مادة ٤ ولدى السريان الأرثوذكس مادة ٤٩ .

٣ ـ حدوث ما يمنع الزواج : كما إذا تزوج أحد الخاطبين زواجا صحيحاً بشخص آخر ، ذلك أن الخطبة مرحلة سابقة على الزواج ، فاذا ما قام مانع يمنع إتمام الزواج فى المستقبل أصبحت الخطبة غير ذات موضوع[1].

٤ ـ الرهبنة : إذا آثر الخاطب أو المخطوبة الانخراط فى سلك الرهبنة تنقضى الخطبة بينهما ، سواء كان ذلك من جانب الطرفين معا ، أو جانب أحدهما فقط ؛ بشرط أن يترهبن الراغب فى انهاء الخطبة حقيقة[2].

٥ ـ ومن الأسباب التى يمكن الاستناد إليها فى إنهاء الخطبة والتى تكلم عنها فقهاء القانون الكنسى كذلك انقضاء مدة طويله دون عقد الزواج ، ولا سيما إذا كان هناك وقت معين لابرامه ، ومضى هذا الوقت . فاذا كان هناك وقت محدد للزواج تنقضى الخطبة بانقضاء هذا الوقت، سواء كان التقصير من جانب أحد الطرفين أو من كليهما معاً ، أو حتى لم يكن هناك تقصير من أيهما

(١) وقد بينت المسألة الثامنة من الخلاصة القانونية حكم عقد الاملاك مع قيام المانع ، وفرقت فى هذا الصدد بالنسبة لحق كل من الطرفين فى استرداد ما قدم من مهر وهدايا أو أربون ، وحق الطرف الآخر فيها ، بين حالة علم كل منهما بقيام المانع أو عدم علمه . أنظر نص المسألة فى هذا الصدد ، وانظر كذلك موانع الاملاك فى المسألة الخامسة . وانظر ابن العسال السابق ص ٢٠١ . وانظر كذلك المادة ١١ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط ، والمادة ١١ و ٥٠ من مجموعة السريان الأرثوذكس .

(٢) وفى هذه الحالة تنص الخلاصة القانونية (المسألة الثالثة) على أنه « وإن آثر خطيب أو خطيبة الرهبنة بعد أخذ المهر ، فللخطيب أن يسترد ما أعطاه ، وعلى الخطيبة أن ترد ما أخذته أو وكيلها أوليها بغير ضعف ، بشرط أن الراغب الفسخ يترهبن حقيقة ، وإلا فان لم يترهبن فعلا فسيأتى ذكر ما يلزمه فى المسألة الثامنة » .

وجاء فى المسألة الثامنة من الخلاصة أنه إذا أراد أحد الطرفين الفسخ بعد الخطبة أو الاملاك بحجة الرهبنة ولكنه لم يترهبن فعلا فانه يكون الغارم ، بمعنى أنه إذا كان الراغب فى الفسخ هو الرجل بحجة الرهبنة ولم يترهبن سقط كل ما دفعه لجهة المرأة من هدية وكلفة طعام وشراب ومهر . وإن كانت المرأة هى الراغبة الفسخ بعلة الرهبنة وما ترهبنت يلزمها أن ترد للرجل قيمة الهدية وكلفة الطعام والشراب بغير ضعف . أما قيمة الاربون فتردها مضاعفة .

وانظر كذلك المادة ١١ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط ، حيث تجعل اعتناق أحد الخاطبين الرهبنة سببا فى فسخ الخطبة . وانظر كذلك المادة ٥٤ من مجموعة السريان الأرثوذكس.

وإذا كان التقصير من جانب أحدهما فقط كان للآخر أن يطلب إنهاء الخطبة . أما إذا لم يكن هناك وقت محدد للخطبة ، كما هو الحال بالنسبة لبعض الطوائف ، فان الخطبة يمكن أن تنقضى مع ذلك إذا طال الأمد عن الوقت المألوف وكان التأخير متعمداً وليس له ما يبرره[1] .

٦ - وتنقضى الخطبة بالوفاة : وقد نظمت القواعد الخاصة ببعض الطوائف الآثار المترتبة على وفاة أحد الخاطبين . فاذا توفى الخاطب كان لورثته استرداد المهر أو ما اشترى به من جهاز . أما الهدايا فلا ترد فى الحالتين[2] .

وعند الكاثوليك يمكن الرجوع فى ذلك إلى العرف وإلى القواعد العامة ، مع مراعاة ما كان بين الطرفين من شروط عند الخطبة[3] .

أما عند الانجيليين فان المادة الخامسة من قانونهم تقضى بأنه « إذا مات أحد الخاطبين وكانت الخطبة تمت بصفة رسمية ؛ فللخطيب الآخر أن يسترجع ما أعطاه للمتوفى من مهر أو هدايا عدا ما استهلك ، بشرط رد ما يكون أخذه من المتوفى » . والحكم فى هذه الحالة لا يختلف كثيرا عما جاء بالنسبة للأقباط الأرثوذكس . وقد تكلم النص عن الخطبة التى تتم بصفة رسمية ولم يتكلم عن الخطبة التى تتم بتوافق الطرفين . ويمكن القول فى هذه الحالة أن الحكم

---

(١) أنظر هذا الموضوع فى : De Smet السابق ص ٣٢ . وتجعل القواعد الخاصة ببعض الطوائف من إطالة المدة مبرراً للعدول عن الخطبة كما هو الحال عند الانجيليين والسريان الأرثوذكس .

(٢) المادة ١٣ من مجموعة ١٩٥٥ والمادة ١٤ مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس . وانظر كذلك المسألة ٨ من الخلاصة القانونية ، وابن العسال السابق ص ٢٠٠ .

(٣) أنظر فيليب جلاد جزء ٥ ص ٣٤٧ فتوى رقم ٧ . ويمكن فى هذا الصدد تطبيق القواعد العامة فى الاثراء بلا سبب .

لا يتغير بصرف النظر عن الشكل الذى تم فيه الخطبة ، كما يمكن الاستناد فى هذه الحالة الأخيرة إلى القواعد العامة .

هذه هى الحالات التى تنقضى بها الخطبة ، مع مراعاة أنه من بينها ما يعتبر سبباً كافيا يبرر العدول ، وفى هذه الحالة لايكون على من عدل أية مغارم مالية طبقا لما تقضى به القواعد الخاصة ببعض الطوائف .

٩٤ - الاختصاص بتوثيق الخطبة والعدول عنها ، والآثار المترتبة على العدول :
قد يثور الكلام الآن حول الاختصاص بتوثيق الخطبة والعدول عنها من ناحية وحول الاختصاص بالآثار المترتبة على العدول من حيث التعويض من ناحية أخرى . وتأتى إثارة المسألة الأولى الخاصة بتوثيق الخطبة والعدول عنها من أن المشرع قد ترك هذا الموضوع دون تنظيم . ذلك أنه لما ألغيت جهات القضاء الملى ، صدر القانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ [1] معدلا لأحكام القانون ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بشأن التوثيق ، ونص فى مادته الثالثة على أن « تلغى أقلام التوثيق بالمحاكم الشرعية ، كما تلغى عملية التوثيق بالمجالس الملية ، وتحال إلى مكتب التوثيق جميع المضابط والسجلات والدفاتر المتعلقة بها » . ومعنى ذلك أن السجلات التى كانت بالمجالس الملية وكذلك الدفاتر والمضابط وجميع ما يتعلق بالتوثيق فى تلك المجالس يحال إلى مكاتب التوثيق بعد صدور القانون .

ومن ناحية أخرى نجد أن القانون ٦٢٩ ينص فى المادة الأولى على تعديل المادة ٣ من القانون ٦٨ لسنة ١٩٤٧ . وقد صارت هذه الأخيرة ، بعد التعديل ، على النحو التالى . « تتولى المكاتب توثيق جميع المحررات ، فيما عدا عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك ، الخاصة بالمصريين المسلمين والمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة ويتولى توثيق

(١) الوقائع المصرية العدد ٩٩ مكرر الصادر فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ .

عقود الزواج والطلاق بالنسبة إلى المصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة موثقون منتدبون يعينون بقرار من وزير العدل . ويضع الوزير لائحة تبين شروط التعيين فى وظائف الموثقين المنتدبين واختصاصاتهم وجميع ما يتعلق بهم» .
ومن هذا النص نرى أن المشرع تكلم عن توثيق الزواج والطلاق فقط بالنسبة لغير المسلمين المتحدين فى الطائفة والملة وجعله من اختصاص الموثقين المنتدبين، ولم يتكلم عن الخطبة . ومعنى ذلك أن الموثقين المنتدبين الذين يعينون بقرار من وزير العدل ليس لهم اختصاص بتوثيق الخطبة أو العدول عنها ، مع أنهم يختصون بتوثيق الزواج والطلاق ، ويؤكد ذلك ما جاءت به المادة ١٥ من قرار وزارة العدل بلائحة الموثقين المنتدبين ؛ فقد نصت على اختصاص الموثقين وقررت أنه « لا يجوز للموثق المنتدب أن يوثق غير عقود الزواج والرجعة والطلاق والتصادق على ذلك الخاصة بالاشخاص المصريين المتحدى الطائفة والملة التابعين للجهة الدينية التى يقوم بالتوثيق لها » . فنص القانون فى هذا الصدد ونص قرار وزارة العدل بلائحة الموثقين المنتدبين واضح ، وهو لم يتعرض على الاطلاق لمسألة توثيق الخطبة أو العدول عنها .

ولذلك يصح لنا أن نتساءل ، بعد هذا ، لمن يكون توثيق الخطبة والعدول عنها لدى غير المسلمين فى الوقت الحاضر؟ قد يقال إنه لم يعد هناك أى اختصاص للجهات الدينية المختلفة بعمليات التوثيق أيا كانت صورها وذلك بعد إلغائها وإحالة جميع المضابط والسجلات والدفاتر المتعلقة بها إلى مكاتب التوثيق . ولكن يبدو أن المشرع لم ينظر إلى عملية توثيق الخطبة والعدول عنها ، وهى التى كان يتولاها الكاهن ، على أنها ضمن عمليات التوثيق التى تحال إلى مكاتب التوثيق ، كما أن المشرع كذلك لم ينظر إلى هذه العملية على أنها مثل الزواج ، فى حاجة إلى تنظيم ، ولذلك لم ينص عليها ، لا فى المادة الثالثة من قانون الشهر المعدلة بالقانون ٦٢٩

لسنة ١٩٥٥ ، ولا فى لائحة الموثقين المنتدبين . ولهذا بقيت الخطبة كما كانت من اختصاص الكاهن فهو الذى يتولى تحريرها وإثباتها فى دفتر خاص ، كما يتولى إثبات العدول عنها ، وإن كان من يمسك دفتر الخطبة ويتولى تحريرها بين الطرفين من الناحية العملية هو الموثق المنتدب الذى يتولى توثيق عقود الزواج فى الجهات الدينية المختلفة ، لأن الوزارة اختارت هؤلاء الموثقين ، كما سنرى عند الكلام عن الزواج ، من بين رجال الدين .

وعلى ذلك فتوثيق الخطبة والعدول عنها لا يزال من اختصاص الكاهن. ولهذا يكفى فى العدول عنها أن يقع من أى الطرفين ، ويقوم الكاهن باثباته فى محضر يحرره ويؤشر بمقتضاه على العقد المثبتة فيه الخطبة . وتقضى المحاكم بعدم اختصاصها بالنظر فى العدول عن الخطبة على أساس أن إثبات العدول عمل لا شأن للقضاء به ، وأنه يتم بارادة الناكث المنفردة ، ويكفى مجرد إخطار الطرفين اللذين حررا عقد الخطبة بالتأشير بالعدول على هامش العقد[1]. ولكن عدم اختصاص المحاكم بالعدول لا يكون إلا فى الحالة التى لا يثار فيها أى نزاع بين الطرفين حول الآثار المترتبة عليه . وهذه مسألة أخرى . فالمهم إذن فى هذا الصدد أن توثيق الخطبة والعدول عنها لا يزال من اختصاص الكاهن الذى يتم عقد الخطبة على يديه ، وإن كان الموثق المنتدب الذى يقوم بتوثيق الزواج هو الذى يتولى ذلك من الناحية العملية لأنه من رجال الدين .

أما عن الآثار المترتبة على العدول من حيث المطالبة بالتعويض ورد ما أخذ

---

(١) أنظر حكم محكمة بنى سويف الكلية للأحوال الشخصية فى القضية ١٦٠ لسنة ١٩٥٦ فى ١٠ / ١٢ / ١٩٥٦ ومذكرة النيابة فى هذا الصدد ، وقد أشار إليه إهاب اسماعيل ، ص ١٤٦ .

من المهر والهدايا ، فانها ولا شك تدخل فى اختصاص المحاكم ، ذلك أن العدول قد ينتهى دون أن يثار حوله أى نزاع ، وفى هذه الحالة - كما قدمنا - يثبته الكاهن على النحو السابق . أما إذا ثار حوله نزاع من حيث التعويض والمطالبة برد المهر والهدايا ، فان الاختصاص يكون للمحاكم . وهذا الاختصاص من الأمور المسلمة ، وقد كانت المجالس الملية فيما مضى صاحبة الاختصاص بالنسبة لما كان يثار حول هذا الموضوع ، كما كانت المحاكم العادية تختص بالنظر فى التعويض عن العدول عن الخطبة والآثار الأخرى .

والاختصاص بكل ما يثار فى هذا الصدد من منازعات يكون لدائرة الأحوال الشخصية باعتبار أن الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية ، كما تختص أيضا بكل نزاع يتصل بها . كالحكم فى التعويض عن العدول ، مالم يرفع طلب التعويض مستقلا ، فتختص به الدائرة المدنية[1] .

---

(١) وقد قضت محكمة القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية برفض الدفع بعدم اختصاصها بنظر الدعوى المدنية الناتجة عن فسخ الخطبة ، وجاء فى حكمها « أنه بصدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أصبح الدفع بعدم اختصاص هذه المحكمة غير ذى موضوع ، بعد أن قضى هذا القانون بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية وإحالة مسائل الأحوال الشخصية على دوائر المحاكم الوطنية ، والتى لم تخرج عن كونها دوائر مدنية ، خصوصا وأن النزاع المدنى المطروح أمام المحكمة متعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية ، وهى عقد الخطبة ، وناشىء عنها وليس هناك ما يمنع قانونا من نظر طلبات متعددة ناشئة عن سبب قانونى واحد أمام هذه المحكمة » . (محكمة القاهرة الكلية للأحوال الشخصية الدائرة ٢٦ فى القضية رقم ١٢٥٧ لسنة ١٩٥٦ فى ١٩٥٦/٤/٢٢ ، والحكم مشار إليه فى إيهاب اسماعيل ص ١٤٥) . وقد قضت محاكم أخرى بعدم اختصاصها بالنظر فى استحقاق التعويض لأنه من المسائل المدنية وكذلك بالنسبة لما يلزم رده من هدايا ومهر وشبكة وخلافه . (أنظر محكمة الاسكندرية الجزئية للأحوال الشخصية فى القضية رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٧ ، فى ٢٠ مايو ١٩٥٧) ، وكذلك القضية رقم ٤٢ لسنة ١٩٥٨ فى ١٩٥٨/٤/٢٨ جزئى .

أنظر ما سبق لنا بيانه فى هذا الصدد فى البند ٧١ .

وإذا كانت المحاكم تختص فى العدول عن الخطبة والآثار المترتبة على ذلك فلأى أنواع المحاكم يثبت الاختصاص ؟ هل يثبت للمحاكم الابتدائية أم للمحاكم الجزئية ؟ هنا نجد أن الأحكام منقسمة ، فمنها ما يجعل الاختصاص للمحاكم الابتدائية[1] ومنها ما يجعله للمحاكم الجزئية[2] .

ومن استقراء النصوص فى هذا الصدد يتبين لنا أن الاختصاص يثبت للمحاكم الجزئية . ذلك أن المادة ٨ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد نصت على اختصاص المحاكم الجزئية الوطنية وحددته على أساس اختصاص المحاكم الجزئية الشرعية الذى جاءت به لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى المادتين ٥ ، ٦ منها .

---

(١) ومن هذه الأحكام حكم محكمة الاسكندرية الكلية للأحوال الشخصية فى القضية رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٦ فى ١٩٥٦/٤/٣٠ وقد فصلت المحكمة فى فسخ الخطبة وفى المسائل المتفرعة من رد الشبكة والهدايا ... (غير منشور) ، وكذلك حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى القضية ١٢٥٧ لسنة ١٩٥٦ فى ٢٢ - ٤ - ١٩٥٦ ، وقد حكمت المحكمة باختصاصها بفسخ الخطبة (الحكم المشار إليه فى إهاب اسماعيل ، ص ١٤٧) ، وكذلك حكم محكمة الاسكندرية الجزئية فى القضية رقم ١٩ لسنة ٥٦ بتاريخ ٢٠ - ٢ - ١٩٥٦ حيث قررت المحكمة أن الاختصاص بفسخ الخطبة يكون للمحكمة الابتدائية (غير منشور) .

(٢) ومن هذه الأحكام : حكم محكمة الاسكندرية الجزئية فى القضية رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٧ بتاريخ ٢٠ مايو ١٩٥٧ ، وكذلك الحكم فى القضية رقم ٥٨ من السنة نفسها وفى التاريخ نفسه . ويبدو من هذا أن المحكمة قد عدلت عن اتجاهها الذى أخذت به فى حكمها المشار إليه فى الهامش السابق فى القضية رقم ١٩ لسنة ١٩٥٦ ، كما يراعى أنها فى القضية رقم ٥٨ سالفة الذكر قررت اختصاصها بفسخ الخطبة مع عدم اختصاصها بالمسائل الأخرى من حيث التعويضات والمهر والهدايا (أحكام غير منشورة) . وهناك أحكام أخرى تعطى الاختصاص للمحاكم الجزئية ، من ذلك : حكم محكمة القاهرة الابتدائية الدائرة ٢٤ فى القضية رقم ٦٧٢ لسنة ١٩٥٦ بتاريخ ١٩٥٦/٥/٢٩ (مشار إليه فى إهاب اسماعيل ص ١٥١ - ١٥٢) واستئناف طنطا فى ١٩ مارس ١٩٥٧ ، المحاماة س ٣٧ رقم ٥٥٠ ص ١٢٩١ . وانظر الحكم الابتدائى الذى ألغاه حكم استئناف طنطا السابق فى صالح حنفى ٢ رقم ٥٣٧ ص ٤٠٠ - ٤٠١ . وانظر كذلك التعليق على حكم الاسكندرية الذى يثبت الاختصاص بالنسبة لفسخ الخطبة للمحكمة الابتدائية ، صالح حنفى ٢ ص ٤٠٤ — ٤٠٥ .

وإذا ما رجعنا إلى هاتين المادتين لرأينا أن المادة الأولى منهما تبين الاختصاص النهائى للمحاكم الجزئية فى بعض المواد ، والمادة الثانية منهما تبين الاختصاص الابتدائى لهذه المحاكم فى بعض المواد كذلك . ويتبين لنا من حصر الحالات التى جاءت بها هاتان المادتان أن المحاكم الجزئية كانت تختص بمسائل النفقات ، والمهر والجهاز ، والزواج والمواد المتعلقة بالزوجية ، والطلاق والخلع والمبارأة والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها ، ودعوى النسب فى غير الوقف ، ودعوى الارث ، والحضانة والحفظ ، والصلح والتوكيل ... هذه هى المسائل التى جاءت بها المادتان ٥ ، ٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، والتى ينبغى أن يتحدد على أساسها اختصاص المحاكم الجزئية الوطنية ، طبقا لما جاء فى صدر المادة ٨ من القانون ٤٦٢ . ولكن المادة المذكورة عادت وأخرجت من ذلك بعض المسائل وجعلتها من اختصاص المحاكم الابتدائية . وهذه المسائل هى ، حسب نص المادة ٨ ، « دعوى النسب فى غير الوقف ، والطلاق والخلع والمبارأة والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها والمشار إليها فى المادة السادسة .. » . وعلى ذلك فان ما عدا هذه المسائل التى أخرجتها المادة ٨ وجعلتها من اختصاص المحاكم الابتدائية يظل الاختصاص باقيا للمحاكم الجزئية . ومن بين تلك المسائل المهر والجهاز والزواج والمسائل المتعلقة بالزوجية .

ولا جدال فى أن الخطبة تعتبر من المواد المتعلقة بالزوجية وتبعاً لذلك يكون الاختصاص بالنظر فى فسخها والآثار المترتبة عليه للمحاكم الجزئية . « فالخطبة كما جاء فى حكم محكمة استئناف طنطا[1] — تمهيد لعقد الزواج ومن

---

(١) الحكم المشار إليه فى الهامش السابق ، فى ١٩ مارس سنة ١٩٥٧ . وانظر كذلك حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى القضية رقم ٦٧٢ لسنة ١٩٥٦ فى الهامش السابق أيضا .

متعلقاته ، فهى لذلك من اختصاص المحكمة الجزئية » . كما جاء فى هذا الحكم أيضا أن « المواد المتعلقة بالزواج التى تنص عليها الفقرة العاشرة من المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ تشمل مسائل الزواج والمواد المتعلقة به ، سواء كانت سابقة عليه أو لاحقة له ، ومن ذلك الخطبة وفسخها والآثار المترتبة على ذلك ، فهى من المسائل المتعلقة بالزواج ، السابقة على عقده ... » .

المبحث الثانى
الخطبه فى الشريعة اليهودية

٩٤ مكرر (١) ـ التعريف بها : لا يختلف المعنى الذى يعطى للخطبة لدى اليهود عن المعنى الذى يعطى لها لدى شرائع الطوائف المسيحية بصفة عامة ؛ فهى اتفاق على إبرام الزواج فى المستقبل. وهى كما تعرفها المادة الأولى من ابن شمعون « عقد يتفق به الخاطبان على أن يتزوجا ببعضهما شرعا فى أجل مسمى ، بمهر مقدر ، بشروط يتفقان عليها » .

ويختلف حكمها لدى كل من اليهود الربانيين والقرائين ، ذلك أنها إذا كانت اتفاقا غير لازم يصح العدول عنه لدى الربانيين ، فان القرائين يعتبرونها إحدى مرحلتى الزواج ، على النحو الذى انتهت إليه الخطبة فى تطورها لدى بعض الطوائف المسيحية الشرقية ، كما بينا من قبل ، ولهذا فان الخطبة تنصرف عندهم إلى معنى يختلف عن المعنى الذى ينصرف إليه لفظ الخطبة عادة[1] . ومع

---

(١) فالخطبة لدى القرائين تشبه الإملاك لدى الأقباط ، كما تشبه الخطبة لدى الأرمن والروم الأرثوذكس ، وهى تعد مرحلة من مرحلتى الزواج ، فالخاطب عاقد شرعا (شعار الخضر ص ٦٤) ، ولهذا فانه يترتب عليها من الآثار ما يترتب على الخطبة لدى تلك الطوائف السابقة ، وهى آثار تقرب فى جملتها من الآثار التى تترتب على الزواج ، عدا حل المخالطة الجسدية . =

ذلك فان عدم تنظيمها لدى القرائين باعتبارها مرحلة منفصلة عن الزواج يصح العدول عنها ، لا يمنع من الاتفاق عليها ، ويخضع الاتفاق لتنظيم إرادة طرفيها طبقا للقواعد العامة ، باعتبارها كالخطبة البسيطة التى تكلمنا عنها لدى المسيحيين ، والتى يصح العدول عنها[1].

٩٤ مكرر (٢) — انعقاد الخطبة : تنعقد الخطبة لدى الربانيين[2] ، متى توافرت شروط موضوعية وأخرى شكلية ، كما هو الشأن لدى المسيحيين .

أما عن الشروط الموضوعية ، فهى تنحصر فى الرضا والأهلية ؛ والأهلية هنا تنصرف إلى ضرورة انعدام المانع ، فضلا عن توافر السن .

= بل إنه حتى بالنسبة للمخالطة الجسدية ، نجد أنهم يرتبون عليها نتائجها — إذا تمت قبل الزواج وبعد الخطبة بالنسبة للذرية ، وإن كانت العلاقة محرمة بين طرفيها (أنظر شعار الخضر ص ١٠٨) كما أن الخطبة لا تنقضى لدى القرائين إلا بالطلاق ، وذلك متى تمت فى الشكل المطلوب . وقد جاء فى شعار الخضر (ص ١٢٤) إن « محل الطلاق المخطوبة والمتزوجة أنظر كذلك ص ١٢٥ . ويترتب على اعتبار الخطبة مرحلة من مرحلتى الزواج كذلك أنه إذا اتصلت المخطوبة بالغير اتصالا جسديا ، عدت زانية لأن عقدها كالمتزوجة لا يرفع إلا بالطلاق ، ولأن مرتكب الفحشاء معها حده ، كمرتكبه مع المتزوجة ، القطع السماوى غير الحد الشرعى وهو الرجم » (شعار الخضر ص ١٤٤ والهامش) .

(١) وهناك اجتهاد للقرائين يقضى بأن الخطبة إذا كانت على غير يد الشرع رفعت بالفسخ لا بالطلاق (ص ١٧٩ من شعار الخضر) . وهذا يعنى أنها لا تعتبر فى هذه الحالة مرحلة من مرحلتى الزواج ، بل تعتبر خطبة على المعنى الذى ينصرف إليه هذا اللفظ عادة ، ولهذا لا تنحل رابطتها بالطلاق .

(٢) مع مراعاة أن شروط الخطبة لدى القرائين هى شروط الزواج عدا إجراءات العلانية . فالخطبة كالزواج تنعقد متى توافرت أركان ثلاثة هى المهر ، والوثيقة (العقد الكتابى) ، والقبول . هذا هو ما تملك به المرأة شرعا . ولكن الزواج لا يتم إلا بالعلانية بعشرة رجال فاذا دخل الرجل بمخطوبته دون هذه العلانية عد معيبا شرعا ، ولو أن وصمته لا تلحق ذريته ، هذا مع مراعاة التبريك . فالتبريك وحدة دون العلانية لا عبرة به (أنظر شعار الخضر ص ١٠٧-١٠٨) .

فيجب أن يتوافر الرضا ، ويتم بايجاب وقبول على الزواج بين الخاطبين شرعا فى أجل مسمى ، على مهر وشروط يتفقان عليها . ويجب ألا يكون هذا الرضا معيبا بطبيعة الحال . كما يجب ألا يكون بين الطرفين مانع يمنع الزواج ، إذ أن ما يمنع الزواج يمنع الخطبة كذلك .

وإذا كان كل من الخاطبين قد بلغ الرشد [١] صحت خطبته ، سواء كان ذكراً أم أنثى . فاذا كان خاطباً ، كان أمره فى يده ولا يجوز أن ينوب عنه أحد إلا بتوكيل (م ٤ من ابن شمعون) . أما المخطوبة الراشدة فان أمرها فى يدها كذلك ، ولكن جرت العادة أن والدها ينوب عنها متى كانت الخطبة بقبولها ، كما جرت العادة أيضا أن اليتيمة ينوب عنها والدتها أو أحد أخوتها أو أو أحد أقاربها (م ٣ من ابن شمعون) .

وبالنسبة للقاصرة ، يجوز لوالدها أن يخطب لها ، وإذا كانت يتيمة جاز لوالدتها أو أحد إخوتها أن يخطبوا لها (م ٢ من ابن شمعون) . وهذا يعنى أن ولاية الاجبار تصح هنا [٢] كما هو الشأن فى الشريعة الاسلامية ، وعلى خلاف الشريعة المسيحية ، كما قدمنا .

أما عن الشروط الشكلية ، فقد نصت عليها القواعدالخاصة بالربانيين ، حيث قضت أنه « لاتعد الخطبة شرعية إلا بالعهد الشرعى المعروف بالقنيان» . ومعنى ذلك أن الخطبة لا تترتب عليها الآثار التى تكلمت عنها قواعد الاحوال الشخصية الخاصة بهم إلا بهذا العهد الشرعى المعروف بالقنيان . والقنيان كلمة

---

(١) وبلوغ الرشد يكون ببلوغ السن التى تنتهى فيها الولاية على النفس والمال ، أنظر ابن شمعون المادة ٦٣١ وما بعدها ، وهـذه السن هى عشرين سنة ، كما يبدو ، أنظر المادة ٦٧٧ وما بعدها من ابن شمعون.

(٢) أنظر كذلك : شعار الخضر ص ٧٩ .

عبرية معناها امتلاك الرجل المرأة بالعقد وما يعطيه إليها أو يقدره لها على نفسه من المهر [١] .

وتجيز القواعد الخاصة بالربانيين توثيق الخطبة بعقد كتابى يشتمل على القنيان . ومعنى هذا أن الكتابة ليست مستلزمة ، متى تمت الخطبة بالعهد الشرعى ، وبذلك تصح الخطبة بالاتفاق . وإذا ما أريد توثيق الخطبة بعقد كتابى ، فان ذلك يكون من اختصاص رجل الدين المختص بابرام الزواج وهو عملا ، الموثق المنتدب على نحو ما بينا بالنسبة للمسيحيين [٢] .

هذه هى القواعد التى نص عليها ابن شمعون ، ومع ذلك فانه يقرر أن للخطبة أحكاما وقواعد متبعة فى مصنفين باللغة العبرية ، وأن كل خطبة تكون مخالفة لتلك الأحكام والقواعد ، لايصح التمسك بها أو المقاضاة بشأنها أمام السلطة (الدينية) [٣] . ولا يعنى هذا عدم إمكان ترتب بعض الآثار على الخطبة فى هذه الحالة طبقا للقواعد العامة .

٩٤ مكرر (٣) ــ الاثار التى تترتب على الخطبة : إذا تمت الخطبة على النحو السابق لدى الربانيين [٤] ، فلا شك أنه يترتب عليها من الآثار ما يترتب على الخطبة على نحو ما قدمنا فى الشريعة المسيحية ، من حيث اعتبارها فترة اختبار

---

(١) والقنوان مصدر قنى بمعنى كسب أو امتلك (شمار الخضر ص ٦٣ هامش ١) .

(٢) أنظر ما سبق بند ٩٤ .

أما عند القرائين ، فان الخطبة ــ على المعنى الخاص بها لديهم ــ يجب إثباتها كتابة ، وذلك لأن جمهور العلماء عندهم يرون أن المخطوبة تعد زوجة شرعا ، فكان من الواجب إثباتها كتابة أيضا كالزواج ، حتى لا تنقض إلا بالطلاق (شمار الخضر ص ٧٠) .

(٣) أنظر المادة ١٥ من ابن شمعون . والمصنفان المشار إليهما هما : « نفيه شالوم بالاسكندرية » ، والثانى « نهر مصرايم بمصر » .

(٤) أما بالنسبة للقرائين ، فلا يثار الكلام عن الآثار التى نتكلم عنها ، نظرا لأن الخطبة الشرعية لاتنقضى إلا بالطلاق عندهم ، كما قدمنا .

واستعداد ، ، تمهيداً لابرام الزواج ، إذا ما انتهت الأمور نهاية طبيعيــة . أما إذا لم يصل الطرفان إلى النتائج المرغوبة ، فانه يكون لأى منهما أن يعدل عنها ولايتم الزواج . فالخطبة ليست ملزمة لدى الربانيين . وقد نصت المادة ٥ من ابن شمعون على أنه « يصح فسخ الخطبــة بارادة الاثنين أو إبطالها بارادة أحدهما » . وبصرف النظر عن دقة استعمال كلمتى « فســخ » و « إبطال » فى هذا المجال ، فان المراد أنه يصح إنهاؤها بالاتفاق ، كما يصح إنهاؤها بالارادة المنفــردة .

ولا يثير الاتفاق على إنهائها أية منازعات ، إذ يلتزم الطرفان بتنفيــذ ما اتفقا عليه ، ويحكم اتفاقهما ما يترتب على إنهائها من آثار بالنسبة لما قدم من الهدايا .

أما إذا قام أحدهما بانهائها بالارادة المنفردة عن طريق العدول عنهــا ، فماذا يكون الحكم ؟

تقضى المــادة ٨ بأن ناقض الخطبة لا يلزمه دفع شىء آخر غير الغرامة الضرورية . والغرامة المقصودة هنا هى التى يتفق عليها عند توثيق الخطبة وتدون فى العقد ، ويلتزم بها من يعدل عن الخطبة من المتعاقدين (م ٧) . وعلى ذلك فان من يعدل عن الخطبة يلتزم بالغرامة وهى الشرط الجزائى الذى يتفق عليه الطرفان . هذا مالم يكن لعدوله ما يبرره ، إذ فى هذه الحالة تسقط عنه الغرامة التى يلتزم بها متى وجد أحد الأسباب المنصوص عليها[1] .

---

(١) وتنص المادة ٩ من ابن شمعون على أن الغرامة تسقط عن ناقض الخطبة إذا وجد سبب من الأسباب الآتى بيانها : ١) إذا ظهر بأحد الخاطبين عيب لم يكن يعلم به الآخر . ٢) إذا طرأ العيب أو حدث جنون أو مرض معد بعد الخطبة . ٣) إذا ثبت شرعا على أحد العائلتين ارتكاب الفحشاء . ٤) إذا اعتنق قريب أحد العائلتين ديانة أخرى أو مذهبا آخر . =

هذا هو الحل الذى وضعته القواعد الخاصة بالربانيين . ومع ذلك فان فرض أية غرامة على أى من الطرفين على النحو الذى جاءت به تلك القواعد يعتبر قيداً يرد على حرية الأفراد فى العدول عن الخطبة ويمس الحرية اللازمة لابرام الزواج ، ولا نرى الأخــذ به لتعارضه مع النظام العام . ولهذا نرى أن لكل من الطرفين أن يعدل عن الخطبة ، وإذا ما اتفق فى العقد على غرامة كان هذا الشرط باطلا ، وبالتالى لا يلتزم بها من يعدل ، ولو لم يكن لعـدوله مبرر من المبررات التى نصت عليها القواعد الخاصة بالربانيين . وكل ما هنالك أنه إذا كون العدول خطأ ، وترتب عليه ضرر للطرف الآخر ، طبقت القواعد العامة على نحو ما بينا من قبل[1] .

٩٤ مكرر (٤) — انقضاء الخطبـة ، والآثار التى تترتب على هذا الانقضاء :
رأينا أن الخطبة تنقضى بالعدول عنها ، وبينا الحكم الذى تورده القواعد الخاصة بالربانيين من أنه إذا لم يكن له سبب من الأسباب التى أوردتها ، فان من يعدل يلتزم بالغرامة المتفق عليها . وقد انتهينا إلى أنه إذا كان هناك مجال للمسئولية ، فان من عدل عن الخطبة لا ينبغى أن يسأل إلا على أساس القواعد العـامة فى المسئولية .

= ٥) إذا ساء سلوك الخاطب أو أسرف . ٦) إذا اتضح أن الخاطب عديم التكسب . ٧) إذا علم الخاطب أن المخطوبة مات لها زوجان .

هذا وقد نصت المادة ١٣ على أنه « إذا غير أحد الخاطبين اقامته من بلدة الى بلدة ، فلا يجبر الآخر على الانتقال معـه ، وتحق له الغرامة ، إلا إذا كان السفر إجباريا ، فان الغرامة فى هذه الحالة تسقط » .

(١) أنظر فيما سبق : بند ٩٠ وما بعده . هذا بالإضافة إلى إمكان تطبيق النتائج التى تكلمنا عنها فيما سـبق بصدد الاغواء المتصل بالخطبة من حيث إمكان الحكم بالتعويض ، بالنسبة لليهود كذلك (أنظر بند رقم ٩٢ فيما سبق) .

وإلى جانب ذلك فان الخطبة تنقضى بالاتفاق بين طرفيها ، ورأينا أن الاتفاق هو الذى يحكم الآثار التى تترتب فيما بين الطرفين .

كما تنقضى الخطبة كذلك بالوفاة . وقد نظمت القواعد الخاصة بالربانيين الآثار التى تترتب على الوفاة من حيث الغرامة والهدايا ، فقضت بأنه « إذا توفى أحد الخاطبين بطلت (انقضت) الخطبة ، ولا غرامة ، وردت الهدايا كنص المادة ١٤[1] » .

وقد نصت المادة ١١ على أنه إذا قضى بالغرامة ولم يحصل دفعها ، ومات الملزم بها لزمت تركته[2] . كما أنه إذا توفى والد المخطوبة أو المتعهد بالغرامة ، فان العقد لا يبطل بذلك ، بل ينفذ ، وتسرى الغرامة على الورثة (م١٢) .

على أنه إذا كانت القواعد الخاصة بالربانيين تعرض للالزام بالغرامة فى حالة العدول بدون مقتض ، وتقضى بها للمحكوم له بها سواء من التركة أو على الورثة على نحو ما سبق ، فانه يبدو أنهم بالنسبة لرد الهدايا لا يربطون بينه وبين العدول بسبب أو بدون سبب[3] . فبانقضاء الخطبة يلتزم المهدى إليه برد الشىء المهدى أو رد قيمته عند فقده ، ما لم تكن الهدية مما يستهلك أو مما يتلف بحسب طبيعته ، فلا يجب الرد . وعلى ذلك فان الحكم برد الهدايا لا يرتبط بخطأ من يعدل ، كما لا يرتبط بوجود سبب للعدول أو بانعدام مثل هذا السبب .

---

(١) مادة ١٠ من ابن شمعون . وتنص المادة ١٤ على أنه « إذا أهدى أحد الخاطبين شيئا إلى الآخر وجب على المهدى إليه رده ، أو دفع قيمته إذا فقده . غير أن الهدية إذا كانت من المستهلكات أو مما يتلف طبعا بالاستعمال ، فردها أو تعويض قيمتها غير واجب » . وبطبيعة الحال من يلتزم بالرد هو من بقى من الخاطبين أو ورثة المتوفى منهما ، بحسب الأحوال .

(٢) وهذا ما يمكن القول به فى حالة الحكم بالتعويض ، فاذا قضى بالتعويض لأحد الخاطبين على أساس المسئولية طبقا للقواعد العامة ، فانه يستوفى من تركة المحكوم عليه به .

(٣) ويبدو هذا بصفة واضحة كذلك من نص المادة ٨ على أن « ناقض الخطبة لا يلزمه دفع شىء آخر غير الغرامة المضروبة » .

الفصل الثاني

انعقاد الزواج

٩٥ - تقسيم البحث : لكى ينعقد الزواج صحيحا لابد من توافر شروط معينة . فلا بد أن يتوافر الرضا بين الطرفين وموافقة من تلزم موافقتهم فى الحالات التى يتطلب فيها ذلك ؛ ولا بد كذلك من عدم وجود مانع من الموانع القانونية للزواج ؛ هذا فضلا عن ضرورة أن يدفع الزوج مهراً طبقا لأحكام الشريعة اليهودية . وهذه طائفة أولى من الشروط ، هى ما تسمى بالشروط الموضوعية (Conditions de fond) . ولكن توافر الشروط السابقة لايكفى بل لابد أن تتوافر شروط وإجراءات أخرى شكلية ، فلابد أن يتم الزواج فى شكل معين هو الشكل الدينى ، وهذا هو الشرط الشكلى (Condition de forme) . وعلى ذلك ففى الزواج لابد من توافر الشروط الموضوعية ، كما لابد أن يصاغ فى الشكل الدينى الذى تتطلبه القواعد الخاصة بالمسيحيين واليهود . وتتضح لنا بعد ذلك خطة البحث فى هذا الفصل . فنعالج فى مبحث أول الشروط الموضوعية للزواج . وفى مبحث ثان نتكلم عن الشكل الدينى ؛ وفى مبحث أخير نتكلم عن الجزاء على شروط الزواج ، ونعرض لكل هذا فى الشريعة المسيحية والشريعة اليهودية .

المبحث الاول

الشروط الموضوعية فى الزواج

الفرع الأول

فى الشريعــة المسيحيــة

أولا : الرضا فى الزواج

§ ١ — فى الرضا بصفة عامة

٩٦ ـ اهمية الرضا لقيام الزواج — أوصافه ومضمـونه : يعتبر الرضا من العناصر الجوهرية فى عقد الزواج ، لايمكن أن يقوم بدونه ، كما لا يمكن أن يحل محله أى إجراء آخر . وإذا كان القانون الـكنسى بصفــة عامة يستلزم أن يصاغ الرضا بالزواج فى شكل معين حتى يضمن بذلك جدية الأمر وسهولة الاثبات ، وإذا كان الزواج الذى لا يتم فى هذا الشكل المتطلب يعد باطلا ، إلا أنه لا يمـكن لأى شـكل خارجى أن ينشىء ما يسمى بحالة الزواج (état de mariage) ، دون أن يكون هناك رضا متبادل بين الطـرفين . فالرضا إذن لا يغنى عنه أى شـكل خارجى لـكى تقوم العلاقة الزوجية بين رجل وامرأة .

ولابد من أن يكون الرضا بين شخصـــين من جنس مختلف (Sexe different) ، أى بين رجل وامرأة ، وهـذا شرط بديهى تقتضيه

طبيعة الأمور فى الزواج[1] . ولابد كذلك من أن يكون الرضا صادرا من كل من الطرفين ، فاذا رضى أحدهما بالزواج دون صدور رضاء الطرف الآخر كان الزواج باطلا .

ويتعين كذلك أن يكون الرضا حالا (actuel) ، أى لابد من أن تنصرف إرادة الطرفين إلى قبـول أن يصـير كل منهما زوجا للآخر فى الحـال (de praesenti) . فلا يكفى أن يتراضيا على عقد الزواج بينهما فى المستقبل ، إذ فى مثل الحالة الأخيرة لا يقوم الزواج بين الطرفين وإن أمكن أن يقوم بينهما وعد بالزواج ، أى خطبة ، لا يترتب عليها ما يترتب على الزواج من حق الطرفين فى المعاشرة الجنسية .

وتفريعا على هذه الفكرة ، وهى ضرورة اتجاه إرادة الطرفين إلى إنشاء العلاقة الزوجية بينهما فى الحال ، فان الأمر يثار فى حالة اقتران الرضا بالأجل أو بالشرط . ولم يرد فى القواعد الخاصة ببعض الطوائف ذكر لضرورة أن يكون الرضا حالا ، وإنما اكتفت بالنص على أنه « لا زواج إلا برضا الطرفين » . أو

(١) فالعلاقة التى تقوم بين شخصين من جنس واحـد لا يترتب عليها قيام الزواج . ويكفى أن يتم الزواج بين شخصين مختلفين فى الجنس . فطالما أن الطرفين مختلفين فى الجنس ، لا يهم ما إذا كان هناك عجز ناشىء عن ضعف فى الأعضاء التناسلية أو ما إذا كان تكوينهما معيبا أو كانت مستأصلة ؛ إذ كل هـذا لا يمنع من وجود الزواج طالما كان جنس كل منهما معروفا وطالما كانا مختلفين . كل هذا بطبيعة الحال مع مراعاة ما للعجز الجنسى من أثر باعتباره مانعا من موانع الزواج ، كما سنرى فيما بعد عند الكلام على موانع الزواج (أنظر فى هذا : أوبرى ورو ، الجزء السابع ، الطبعة ٦ ، فقرة ٤٥١ ص ١٥) .

ويراعى أن الزواج قد يقوم بين شخصين مختلفين فى الجنس ، إلا أنهما قد يتحدان فيما بعد على أثر عملية جراحية مثلا يكون من شأنها تغيير حالة أحد الزوجين ، كما يحدث هذا كثيراً فى الوقت الحاضر . وهنا تنقضى الرابطة لعدم إمكان تحقق الغرض من الزواج ، فاختلاف الجنس أمر جوهرى ليس فقط لقيام الزواج ، بل وأيضا لبقائه .

أنه « لايجوز أن يعقدالزواج إلا بعدالرضا بالايجاب والقبول بين الزوجين[1] » .
وإذا لم يكن هناك أية إشارة فى النصين السابقين إلى ضرورة أن يكون الرضا بالزواج حالا ؛ فإن هذا أمر مفهوم ، لا داعى للنص عليه ، إذ مما يتنافى مع مفهوم الزواج أن ينصرف الرضا به إلى المستقبل ؛ فلا بد أن يقع الرضا بانجازه فى الحال . والواقع أنه لا يصح أن يقترن الزواج بالأجل أو يعلق على شرط . وهذا ما نصت عليه الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية صراحة فى المادة ٨٣ منها ، إذ قررت أنه لايعقد زواج بشرط (le mariage ne peut être conclu sous condition) . وقد جاء نص المادة ٨٣ فى هذا الصدد مختصرا ، واكتفى ببيان أن الزواج لا يقوم إذا ما اقترن به شرط[2] .
ولم تبين الإرادة الرسولية حكم الزواج المقترن بالأجل ، ولكن هذا الحكم واضح ؛ ذلك أن الأجل إذا كان واقفا اعتبر الاتفاق خطبة ، وإذا كان فاسخا

---

(١) أنظر المادة ١٦ والمادة ١٧ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط . والمادة ٩ من قانون الانجيليين ، وانظر كذلك المادة ٣ من مجموعة الأرمن الأرثوذكس .

(٢) وقد ذكرت المادة ١٠٩٢ من القانون الكنسى الغربى آثار الشروط المختلفة على الزواج ، وبينت أن هناك حالات يعتبر الشرط فيها كأن لم يكن ، وحالات أخرى يكون فيها الزواج باطلا أو موقوفا . . . (أنظر فى هذا « شارل دوكليرك » : القانون الكنسى ، باشراف « ناز » ، المرجع السابق ، جزء ٢ فقرة ٤١٥ ص ٣٦٤ - ٣٦٦ . وانظر تفصيلا لهذا الموضوع كذلك فى : Fourneret ، السابق ، ص ١٣٢ وما بعدها) .

وقد أورد فيليب جلاد (قاموس الادارة والقضاء جزء ٥ ص ٣٥٦ فتوى رقم ٢٣) أنه يصح تقييد عقد الزواج بالشرط « إذا كان الشرط أمرا ماضيا قد تم وقوعه ، أو أمرا كائنا فى الحال وهو واقع ، وذلك أن الرضى المقيد يصير مطلقا فى الحال ، وحيث صح العقد صح السر أيضا . وأما إذا كان الشرط أمرا مستقبلا وكان ممكنا ولائقا فلا يقع الزواج حتى يتم الشرط » .

وانظر فى شأن ما جاء فى الارادة الرسولية : Caltier ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ وما بعدها .

كان مخالفا لطبيعة الزواج ولخاصيته الجوهرية وهى عدم القابليـة للانفصام ، فيبطله .

على أنه إذا كان لابد من اتجاه إرادة الطرفين إلى إنشـاء العلاقة الزوجية فى الحال ، فانه لابد كذلك من أن تنصرف إرادة كل منهما إلى الغـاية التى شرع الزواج من أجلها ، وهى تولية كل منهما نفسه للآخر تولية شرعية ، وذلك بالنسبة إلى الافعال التى تؤدى بذاتها إلى إنجاب البنين . فالزواج عقد ينطوى على اتفاق الطرفين على ما يعتبر محلا له ؛ ومحل العقد فى هذه الحالة هو الاعتراف المتبادل بين الطرفين بحق كل منهما على الآخر بالنسبة لما يتعلق بالأفعال التى يتطلبها الزواج . وهذا ما نصت عليه المادة ٧٢ من الإرادة الرسولية فى فقرتها الثانية حيث قررت أن الرضا الزواجى إنما هو عمل إرادى (le consentemnt matrimonial est un acte de volonté) ، به يرضى كل من الطرفين أو يعطى ويقبل حقا دائما محصورا بينهما فيما يتعلق بالأفعال التى تصلح بذاتهـا لإنجاب البنين . وعلى ذلك إذا اقترنت إرادة الطرفين بتحفظ فى هذا الشأن ، بصورة يتبين معها إنكار أو نفى هذا الهدف ، فلا ينعقد الزواج بينهما . وعـلم الزوجين البالغين بهذا الأمر مفترض ؛ وسنعود إلى هذا الموضوع عند الكلام عن الغلط باعتباره عيبا من عيوب الارادة فى الزواج .

ومن كل ذلك نرى أن رضا الطرفين كاف بذاته لإنشاء الزواج ، بشرط أن تتوافر له الصفات المطلوبة ، وبشرط أن يعطى فى الصورة المستلزمة لصحته . والرضا فى الزواج أمر لاغنى عنه ، كما قدمنا ، ولا يمكن أن يحل محله أى إجراء آخر [1] .

---

(١) وهذا ما يتميز به الزواج ، وهو مانصت عليه الارادة الرسولية فى المادة ٧٢ فقرة =

فلا يكفى أن يحل محل الرضا كل الإجراءات الشكلية والاحتفالات الأخرى ، حتى ولو أعقب هذه الاحتفالات وتلك الاجراءات اكمال الزواج بالجماع ؛ فليس الجماع هو الذى ينشىء الزواج ، بل إن الذى ينشئه هو الارادة نفسها[1] (ce n'est pas la consommation, mais la volonté qui fait le mariage)

٩٧ — **التعبير عن الارادة - كيفيته** : لـكى ينعقد الزواج صحيحا ، لابد من وجود إرادتين متطابقتين تتجهان إلى إبرام عقد الزواج . وعلى ذلك فانه لايعتد بالارادة المنعدمة كإرادة الصبى غير المميز والمجنون[2]، كما أنه لا يعتد بالارادة التى لم تتجه إلى إحداث أثر قانونى كإرادة الهازل ، فتخلف الإرادة الحقيقية

=أولى حيث تقرر : « يقوم الزواج بالرضا الذى يبديه على وجه شرعى فريقان أهل لعقده شرعا ولا يستطيع أى سلطان بشرى كان أن يعوضه « il ne Peut être supplée par aucune) (puissance humaine . وإذا كان القانون يتدخل أحيانا فى بعض العقود ليحل محل رضاء الطرفين ، فان مثل هذا الأمر مستحيل بالنسبة لعقد الزواج .

(١) Caltier : السابق ، ص ١٩٠ ، ١٩١ ، وأنظر أيضا : De Smet ، السابق ص ٧٩ .

(٢) وبالنسبة لحالة الجنون يفرق الفقهاء فى هذا الصدد بين الجنون المطبق حيث لايعتد مطلقا بالتعبير الصادر من المجنون ، والجنون المتقطع حيث تكون هناك فترات إفاقة إذ يمكن فى تلك الفترات أن يعتد بالتعبير ، أى يصح للمجنون أن يبرم زواجا فى تلك الفترات ، طالما كان قد رجع إلى صوابه الحقيقى فى الفترة التى أبرم فيها الزواج ، حتى ولو كانت الفترة مؤقتة ، إذ المهم أن يكون هناك شفاء ، ولو مؤقت ، من الجنون . ذلك لأن من الحالات ما يكون فيها للمجنون مظهر الهدوء مما يتبين معه أنه عاد إلى صوابه من حيث المظهر دون أن يكون قد شفى حقيقة من مرضه .

وإذا كان الزواج فى حالة فترات الافاقة (Intervalles lucides) يعتبر صحيحا ، إلا أن الفقه يقرر أنه مع ذلك يعتبر عادة غير مشروع نظراً للنتائج المؤلمة التى تترتب عليه بالنسبة للزوجين ، وبصفة خاصة بالنسبة للاولاد ، ولهذا فانه لا ينبغى أن يسمح به إلا فى الحالات الخطيرة جداً .

(أنظر فى هذا : De Smet ، السابق ص ٤١٣ والهوامش ، وكذلك Fcurneret ،

تجعل العقد باطلا[1] . ولكن وجود رضاء حقيقى مطابق للعبارات والإشارات الصادرة من المتعاقد أمر مفترض ؛ فإذا ادعى المتعاقد بطلان الزواج لتخلف الرضا ، لأنه لم يكن جاداً ، كان عليه أن يقيم الدليل على ما يسقط هذه القرينة ؛ وإذا لم يقم الدليل على ذلك — وهو أمر عسير — فلا بطلان .

وقد نصت المادة ٧٧ فقرة أولى من الإرادة الرسولية على أن رضا النفس الداخلى يفترض دائماً أنه مطابق للألفاظ أو الإشارات المستعملة فى إبرام الزواج[2] .

وإذا كان من المتعين لقيام الزواج وجود إرادتين حقيقتين متطابقتين تتجهان إلى إبرام عقد الزواج ، فهل يلزم أن يكون للتعبير عن الإرادة وضع معين ، أم هل يكفى أن يكون التعبير بما يدل عليه ، أيا كان السبيل إلى ذلك ؟

لاجدال فى أن الزواج الكنسى لابد من أن يصاغ فى الشكل الدينى

= السابق ، ص ١١٩ . ويقرر شراح القانون الفرنسى فى هذا الصدد أن المحجوز عليه إذا تزوج فى فترات إفاقته كان هذا تغليبا للصفة العقدية على الصفة النظامية فى الزواج . فالزواج كنظام يتنافى مع إجازة زواج المجنون حتى فى فترات الافاقة ؛ لأن غلبة الجنون عليه تجعله غير قادر على تحمل واجبات الزواج (أنظر بلانيول وريبير وبولانجيه ، الطبعة ٥ ، جزء ١ فقرة ٧٩٦ ، وانظر كذلك جميل الشرقاوى ، الأحوال الشخصية للأجانب (١٩٥٨) فقرة ١٩ والمراجع المشار إليها فى هذا الصدد . وكذلك شفيق شحاته : أحكام الأحوال الشخصية جزء ٢ رقم ١٤٢ وما بعدها .

(٢) وانظر بالنسبة للعقد الصورى : شفيق شحاته ، السابق (جزء ٢) رقم ١٥٠ وما بعدها .

(٣) انظر Galtier ، السابق ، ص ١٩٣ ، وتقابل المادة ٧٧ من الارادة الرسولية المادة ١٠٨٦ من القانون الكنسى الغربى ، انظر فى شرح هذه المادة الأخيرة والتعليق عليها : شارل دوكليرك ، القانون الكنسى باشراف « ناز » ، السابق جزء ٢ ، فقرة ٤٠٨ .

المطلوب على النحو الذى سنبينه فيما بعد ، ولكن الإرادة الرسولية فى المادة ٧٩/٢ منها تستلزم أن يعبر الزوجان عن رضاهما بالألفاظ ، ولا يسمح لهما باستعمال إشارات تعادل الألفاظ إذا كانا قادرين على الكلام . ومقتضى هذا النص أن الإشارات التى يمكن إحلالها محل العبارات التى ينطق بها شفهيا ، كالايماء بالرأس مثلا ، لاتغنى فى التعبير عن الرضا بالزواج متى كان الشخص قادراً على الكلام [1] .

على أننا لانرى مانعا من أن يتم التعبير عن الرضا بأية دلالة أخرى غير الكلام ولو للقادرين عليه ، طالما كانت هذه الدلالة معبرة ، بطريقة لا تدع مجالا للشك ، عن الارادة فى قبول إبرام الزواج ، وطالما كانت تلك الدلالة مفهومة لرجل الدين الذى يتم الزواج على يديه . وينبغى أن ندخل فى الاعتبار ما يحيط بالطرفين عند إتمام العقد من ظروف قد يتعذر فيها التعبير بالكلام ، فى الوقت الذى تكون فيه الدلالات الأخرى خير معبر عن الارادة ، وخاصة أن فى الحضور عن طواعية أمام رجل الدين وأمام الجمهور ما يكشف عن رغبتهما فى إنشاء العلاقة الزوجية . فقد تعبر الزوجة عن قبولها بمجرد إيماءة للرأس ، أو تمد يدها طواعية لوضع الخاتم فيه .. إلى غير ذلك مما يقطع بوجود الرضا بالزواج . ولعل فى النص لدى بعض الطوائف ـ غير الكاثوليك ـ على أن الزواج ينعقد بالرضا ، دون تحديد وسيلة معينة للتعبير عن هذا الرضا ، مايعين

---

(١) انظر فى هذا الموضوع Galtier ، السابق ص ٢٠٢ وما بعدها . وانظر نص المادة ١٠٨٨/٢ من القانون الكنسى الغربى ، المقابل لنص الارادة الرسولية وما جاء بشأنه فى : شارل دوكليرك ، السابق ، فقرة ٤١١ . وانظر كذلك الدكتور شفيق شحاته أحكام الأحوال الشخصية ، جزء ٢ سنة ١٩٥٨ رقم ١١١ وما بعدها .

على الأخذ بهذه الوجهة . ولذلك يصح التعبير بالكلام أو ما يقوم مقامه فى الدلالة على الرضا بالزواج[١] .

هـذا إذا كان الشخص قادرا على الكلام ، أما إذا لم يكن قادرا على الكلام ، فلا جدال فى أنه يستطيع أن يعبر عن إرادته بإشارته المألوفة التى لاتدع مجالا للشك فى قبوله الزواج[٢] .

٩٨ – ممن يصدر التعبير – الوكالة فى الزواج : والتعبير عن الإرادة ، على الوجه السابق . لا بد أن يصدر من الطرفين نفسيهما، وهذا يقتضى أن يكونا حاضرين وقت إبرام عقد الزواج ، إذ أن هذا العقد من العقود الشكلية ، يلزم فيه الحضور أمام رجل الدين ، حتى يتحقق بنفسه من رضا كل من الطرفين وتوافقهما على الزواج لكى يتسنى له إثبات ذلك فى العقد ، ولكى يتم الأمر علنا أمام الشهود ، وحتى يمكن إقامة الصلاة الدينية .

وعلى ذلك إذا تخلف أحد الطرفين عن الحضور أمام الكاهن ، أو إذا تخلفا معا لا يمكن إجراء الزواج ، حتى ولو عبرا عن رضاهما بأية وسيلة أخرى ،

---

(١) أنظر المادتين ١٦ و ١٧ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط والمادة ٣ أرمن أرثوذكس، والمادة ٩ انجيليين . وانظر فى الفقه البيزنطى : شفيق شحاته ، السابق جزء ٢ رقم ١١٧ ص ١٩ ، وفى الفقه الكلدانى رقم ١١٨ وفى الفقه الأرمنى رقم ١٢١ حيث لا يستلزم أن يكون الرضا بالألفاظ ، وفى التقنينات الحديثة رقم ١٢٣ . كما أن سكوت البكر يفيد رضاها على ما أورده ابن العسال (انظر : شفيق شحاته رقم ١٢٦ ص ٢٥ . وأنظر بالنسبة للتعبير بالكتابة رقم ١٢٧ وما بعدها .

(٢) وهذا هو ما يفهم من نص المادة ٢/٧٩ من الارادة الرسولية التى استلزمت الكلام فى التعبير عن الرضا إذا كانا قادرين عليه ، ومعنى ذلك أنهما إذا لم يكونا قادرين عليه يسمح لهما باستعمال الاشارات المعادلة للألفاظ . وقد نصت المادة ١٧ من مجموعة ٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس على ذلك فقررت أن رضاء الأخرس يثبت باشارته إذا كانت معلومة ومؤدية إلى فهم مقصوده . وهى تقابل م ١٨ مجموعة ١٩٣٨ .

مهما كانت هذه الوسيلة قاطعة فى قبولهما إتمام الزواج بينهما ، كما إذا اتصلا بالكاهن الذى سيبرم الزواج وأخبراه برغبتهما الأكيدة فى إتمام الزواج ، سواء كان ذلك عن طريق الخطابات أو التليفون أو عن طريق رسول ينقل إليه رغبتهما ... فكل هذه الوسائل ، ولو أنها تعبر تعبيراً صريحا عن الارادة ، إلا أنها لا تكفى لابرام الزواج الذى ينبغى أن يتم علنا أمام الشهود ، وحيث يتحتم أن يتم باقامة الصلاة [1].

وإذا كان حضور الطرفين لازما لابرام عقد الزواج ولايغنى عنه أية وسيلة أخرى للتعبير عن إرادتيهما على النحو السابق ، فما هو الحكم بالنسبة لاتمام الزواج عن طريق الوكالة ؟

إن مقتضى إتمام الزواج فى الشكل الدينى يستلزم ، كما قدمنا ، حضور الزوجين أمام الكاهن حتى يعبرا عن رضاهما بالزواج أمام الكاهن وأمام الشهود . ومعنى ذلك أنه لايصح أن يتم الزواج عن طريق الوكالة ، لأن الغرض من إتمام الزواج فى الشكل الدينى هو التأكد من رضا الطرفين بالزواج ومنحهما البركة عن طريق الصلاة والتكليل ، وهذا مالا يتسنى إذا تم الزواج عن طريق الوكالة .

ولم تشر القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة إلى موضوع الزواج عن طريق الوكالة [2] . اللهم إلا بالنسبة للكاثوليك ، فقد أبيح الزواج عن هذا الطريق .

---

(١) انظر فى التعبير عن الارادة بالكتابة وبوساطة الرسول : شفيق شحاته ، جزء ٢ رقم ١٢٧ وما بعدها .

(٢) ويراعى بالنسبة للأقباط الارثوذكس أن الفقهاء يرون إمكان إتمام الخطبة والاملاك عن طريق المتعاقد نفسه أو عن طريق وكيله أو وليه ، ولكن يبدو أنهم لم يشيروا إلى شيء من ذلك بالنسبة للزواج ذاته (انظر المسألة الثانية من الخلاصة القانونية ، وانظر كذلك ابن العسال ، ص ١٩٢) . وهذا هو الحكم لدى السريان الارثوذكس (انظر الفصل الخاص بكيفية الخطبة م ٢٣ وما بعدها) .

وتقرر المادة ٧٩ فقرة أولى من الارادة الرسولية أنه يلزم لابرام زواج صحيح حضور المتعاقدين بنفسهما أوبواسطة وكيل (il Faut que les contrac - tants soient présents par eux-mêmes ou par procureur)

ولما كان الأصل هو إتمام الزواج بحضور الطرفين أمام الكاهن ، فان الزواج عن طريق الوكالة لا يلجأ إليه إلا فى أضيق الحدود ، كما يتضح ذلك من القواعد التى تنظمه ..

فالزواج عن طريق الوكالة لا يتم إلا بعد إذن كتابى من الرئيس الكنسى المحلى لكل حالة ، ولا يجوز للرئيس الكنسى أن يعطى مثل هذا الإذن إلا فى حالة الضرورة ، أى فى حالة ما إذا تعذر حضور المتعاقدين معا أمام الكاهن لسبب خطير [1]

ولكى يكون الزواج صحيحا فى هذه الحلة ، يتعين أن تكون الوكالة خاصة (un mandat spécial) للتعاقد مع شخص معين ، موقعا عليها من الموكل ، ثم يوقع عليها أيضا إما من الخورى أو الرئيس الكنسى للجهة التى تحرر فيها عقد الوكاله ، وإما من كاهن أذن له بذلك منهما ، وإما من شاهدين على الأقل ، هذا مع مراعاة ما تقضى به القواعد الخاصة بالأبرشيات فى شأن الزواج عن طريق الوكالة .

وإذا كان الموكل يجهل الكتابة ، تجب الإشارة إلى ذلك فى وثيقة الوكالة نفسها ، كما يجب إضافة شاهد آخر يوقع كذلك على هذه الوثيقة ، وإلا كانت الوكالة باطلة .

---

(١) المادة ٨٠ من الارادة الرسولية .

وإذا رجع الموكل عن توكيله ، أو إذا ما أصيب بالجنون Tombe en demence ، وكان ذلك قبل أن ينجز الوكيل مهمته بابرام عقد الزواج باسمه ، كان الزواج الذى يقوم به الوكيل باطلا ، حتى ولو جهل الوكيل أو الطرف الآخر المتعاقد معه تلك الظروف .

ولا بد لصحة الزواج من أن يعين الموكل بنفسه وكيله ، كما لا بد كذلك من أن يباشر الوكيل مهمته بنفسه ، أى أنه ليس للوكيل أن يوكل عنه غيره فى أداء مهمته التى وكل فيها شخصياً [1] .

هذا وينبغى أن يراعى بالنسبة للزواج الذى يتم عن طريق الوكالة اتباع جميع القواعد والاجراءات الشكلية التى تتبع فى عقد الزواج بين حاضرين ، والمنصوص عليها فى المادتين ٨٥ و٨٦ من الارادة الرسولية . كما يتعين كذلك على الزوجين عند أول فرصة يجتمعان فيها ألا يهملا أن يتقبلا من الكاهن المعين طبقا للقواعد المنصوص عليها فى الارادة الرسولية ، البركة المنصوص عليها فى المادة ٩١ من هذه الارادة [2] .

من كل ماسبق يمكن أن نتبين أنه لكى يكون الزواج عن طريق الوكالة صحيحاً ينبغى : (١) أن يعين الوكيل (le manda taire) بواسطة الموكل (le mandant) نفسه . (٢) أن تكون الوكالة خاصة ، يحدد فيها الشخص الذى ينبغى أن يتم الزواج معه . (٣) أن تكون الوكالة كتابة ، وأن يوقع عليها الموكل ، كما يوقع معه إما الرئيس الكنسى أو خورى الجهة التى تحرر فيها

---

(١) انظر فى الاحكام السابقة ، المادة ٨١ من الارادة الرسولية .

(٢) انظر المادة ٨٢ من الارادة الرسولية .

الوكالة ، وإما أن توقع من كاهن أذن له بذلك منها ، أو يوقع عليها من شاهدين . فاذا كان الموكل يجهل الكتابة ، فانه يشار إلى ذلك فى وثيقة الوكالة مع إضافة توقيع شاهد آخر . (٤) ويلزم كذلك عند التنفيذ ألا يكون الموكل قد عدل عن الوكالة (صراحة أوضمنا) ، أو ألا يكون قد فقد أهليته بالجنون ، وإلا كان الزواج باطلا ، سواء علم الوكيل والطرف الآخر الذى يتعاقد معه أو لم يعلما . (٥) أن يقوم الوكيل بالوكالة بنفسه . (٦) وينبغى أخيراً أن تكون الوكالة مؤرخة[١] .

٩٩ — الى أى مدى تلزم موافقة الأولياء والأقارب على الزواج ؟ على أن ضرورة صدور الرضا من شخصين حاضر بنفسيهما أو عن طريق الوكالة على النحو السابق ، يقتضى أن يكون كل منهما قد بلغ السن التى تنتهى فيها الولاية على النفس ، وهى السن التى يكون فيها لكل منهما الحق فى تزويج نفسه بنفسه ، دون استلزام رضاء وليه الشرعى . فمن بلغ هذه السن كان له أن يباشر العقد بنفسه أوعن طريق الوكالة ، عند الطوائف التى تبيحها . ولايهم ما إذا كان العاقد رجلا أو امرأة . وهذه السن التى تنتهى فيها الولاية على النفس تختلف باختلاف الطوائف[٢] . فمتى بلغ الشخص السن التى تنتهى فيها الولاية على النفس كان له

---

(١) انظر فى هذا : Galtier ص ٢٠٦ — ٢٠٧ .

وانظر فى موضوع الوكالة بصفة عامة : المرجع السابق ، ص ٢٠٢ وما بعدها ، — وكذلك De Smet ، السابق ، فقرة ٧٠ و١١٠ و ١٢١ ص ١٠٥ و١٥٣ و ١٦٥ على الترتيب . وكذلك ، شارل دوكليرك ، السابق فقرة ٤١٠ ، ٤١٢ . — و Fourneret ، السابق ، ص ١٥٥ وما بعدها .

(٢) وهى لدى الارثوذكس واحد وعشرون سنة ، وعند الانجيليين ثمانى عشرةسنة ، أما بالنسبة للكاثوليك فان الزواج يصح متى بلغ الطرفان السن المحدد للزواج وهو ستعشرة سنة للفتى وأربع عشرة سنة للفتاة، وذلك دون حاجة إلى استلزام موافقة ولى النفس . وقدسبق=

الحق فى أن يزوج نفسه بنفسه[1]، دون إذن ممن كان وليا له ، وإن لزم ذلك من باب التأدب فقط . وكل ما يملكه الولى فى هذه الحالة هو مجرد النصح .

= أن أشرنا إلى أن الولاية على النفس تنتهى فى الشريعة الاسلامية بالبلوغ . ويعتبر تصرف الشخص بالزواج والطلاق نافذا بمجرد البلوغ مع العقل . والبلوغ المقصود فى هذه الحالة ليس بلوغ سن الرشد التى يقدرها القانون بواحد وعشرين سنة ، وهى السن التى تكمل فيها أهلية الشخص بالنسبة للتصرفات المالية ، ولكن البلوغ المقصود هنا هو البلوغ الطبيعى ، والذى يعرف بالعلامات الطبيعية إنوجدت ، وإن لم توجد علامات فان الفقهاء يقدرون البلوغ بالسن . ويقدر جمهور الفقهاء فى الشريعة الاسلامية سن البلوغ بخمس عشرة سنة . فتى بلغ الشخص هذه السن اعتبر بالغا ، ذكرا كان أو أنثى . ويقدر الامام أبو حنيفة سن البلوغ بثمانى عشرة سنة للفتى وسبع عشر سنة للفتاة ، ويقدرها الامام مالك بسبع عشرة سنة للاثنين .

فمن بلغ عاقلا كان له أن يعقد زواجه بنفسه وكان عقده نافذا تترتب عليه أحكامه .

(انظر فى هذا : عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الاسلامية فى الاحوال الشخصية ، السابق ، ص ٦٨) .

(١) وهذا ما قررته المادة ١٨ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس ، وتقابل المادة ١٩ بمجموعة ١٩٣٨ ، إذ نصت على أنه « يجوز لمن بلغ سن إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة ، رجلا كان أو امرأة ، أن يزوج نفسه بنفسه » . وقد كانت السن عند الاقباط الارثوذكس فيما مضى ٢٥ سنة . وقد أوردت الخلاصة القانونية فى المسألة ١٦ أنه « متى صار للذكر والانثى خمس وعشرون سنة ، امتلكا السلطان الذاتى وتخلصا من الولاية وحينئذ إذا رغب أحدهما التزوج ، فذلك مفوض له ، إنما يلزمه اتخاذ رأى أبيه أو من كان وليا بعده تأدبا . وليس للأب أو لذلك الولى الممانعة فى ذلك مادام يكون مطابقا للشرع المسيحى »

وإذا تعرض الولى ومنع ذلك الراغب عن الزواج بدون مسوغ شرعى ، فله أن يعرض للرئيس الروحى لينفذ له الغرض قانونيا ، ولو رغما عن وليه ، أبيه كان أو غيره ، سواء كان الراغب فى الزواج ذكراً أو أنثى » .

« ثم إذا وقع اختلاف بين الوالد أو من يقوم مقامه من الأهل وبين البنت التى بلغت سن الكمال (أعنى السن التى تخرج به من الولاء) على خطيبين متساويين فى الجنس والحال، عمل برأيها خاصة ، وإن كانا متساويين ، فالاختيار للرئيس الشرعى » .

ولا تقيد النصوص الحديثة للاقباط الارثوذكس البالغين بأخذ رأى أوليائهم [1]. وهذا ما يمكن القول به بصفة عامة بالنسبة للطوائف الأخرى . فطالما أن الشخص قد بلغ السن التى تنتهى فيها الولاية على النفس كان له أن يزوج نفسه بنفسه دون توقف على إذن الغير .

لكن ماذا يكون الحكم إذا بلغ الشخص السن المقرر للزواج ، ولكنه لم يبلغ السن التى تنتهى فيها الولاية على النفس ، وهذا ما يتصور بالنسبة للأقباط الأرثوذكس مثلا . فالولاية تنتهى ببلوغ الحادية والعشرين ، ومع ذلك فانه يصح للشخص أن يتزوج متى بلغ ١٨ سنة ، إذا كان رجلا ، ومتى بلغ ١٦ سنة إذا كانت امرأة . فهل لمن بلغ سن الزواج أن يتزوج ويعتبر زواجه صحيحا نافذا حتى ولو لم يبلغ السن التى تنتهى فيها الولاية على النفس ؟

وقبل أن نعرض للحلول التى جاءت بها القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة ، ينبغى أن ننبه إلى حقيقة هامة فى هذا الصدد ، وهى أن رضا الزوجين نفسيهما هو ركن العلاقة الزوجية الأساسى ؛ فلا يمكن أن ينعقد زواج من غير رضائهما . فلا ينعقد الزواج بإرادة ولى النفس وحده ولو كان الزوجان صغيرين ، كما لا ينعقد بإجراء الطقوس الدينية وحدها ، ولا بأى سلطان بشرى آخر ، كما

---

(١) انظر المادة ١٨ والمادة ١٩ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ . ويقول ابن العسال فى هذا الصدد (ص ٢٠٢ — ٢٠٣) « ... والتى قد تجاوزت خمسا وعشرين سنة إن تكاسل والدها عن تزويجها فلها أن تراسل الرؤساء حتى يلزموا والديها بالتزويج والتجهيز بمقدار ما يحتمله أحوالهم . والتى لها سلطان نفسها وتكون سنها كاملة ، فلها أن تقارن بعلا على مايوجبه الناموس ، ولو كان أبوها كارها . وهذا حكم الولد ذكراً كان أو أنثى . . وإن كان الأب موسوساً فالجد يقنع إذا كان عاقلا ، وإلا فالرأى لأهلها . فان اختلف مع الكاملة السن فالاختيار للرئيس . فان كان الذى يختاره الأهل والذى تختاره هى متساويين فى الجنس والحال عمل برأيها ... »

أشرنا إلى ذلك من قبل . فالشريعة المسيحية ـ كما قدمنا ـ لاتعرف ما يسمى بولاية الاجبار فى الزواج . لكن إذا كان رضا الزوجين أمراً لازما، فهل يكفى هذا الرضا وحده فى جميع الأحوال لابرام الزواج ؟ رأينا أنه يكفى إذا كان الزوجان قد بلغا السن التى تنتهى فيها الولاية على النفس ، إذ فى هذه الحالة لا يلزم رضاء الأولياء ، وإن كان هذا الرضا من الأمور المستحسنة . لكن إذا كان أحد الزوجين أو كلاهما قد بلغ سن الزواج وكانت الولاية لا تزال قائمة فهل يلزم رضاء الولى فى هذه الحالة . هنا ينبغى أن نفرق بين الكاثوليك من جهة وباقى الطوائف من جهة أخرى [1] .

فبالنسبة للارثوذكس والانجيليين تلزم موافقة أولياء النفس لصحة زواج من هم تحت الولاية . وتنص المادة ٣١ بالنسبة للانجيليين على أن « يكون الولد ذكراً أو أنثى تحت ولاية أبيه إن وجد حتى يبلغ سن التكليف » وسن التكليف عندهم كما قدمنا هى ١٨ سنة للذكر والأنثى . ومعنى ذلك أنه طالما كان الشخص خاضعاً للولاية ، فان موافقة وليه لازمة ، حتى ولو بلغ سن الزواج [2] .

---

(١) وقد استلزمت الكنائس الشرقية رضاء الأولياء كشرط لصحة الزواج متأثرة فى ذلك بما جرى عليه القانون الرومانى . وقد كان قانون جستنيان يتطلب إلى جانب رضا الوالدين رضا رب الأسرة (Père de Famille) إذا كان الأولاد alieni juris . وإذ ما تعلق الأمر بزواج حفيد ، فينبغى علاوة على ذلك رضا كل من يمكن أن تكون لهم السلطة الأبوية عليه بعد موت رب الأسرة الحالى . وعلاوة على ذلك فانه بالنسبة للمرأة Sui juris التى لم تبلغ ٢٥ سنة ينبغى أن تحصل على رضا والدها ، وعند عدم وجوده فرضا والدتها ، وإذا لم يوجد أبواها فالأقرب من أقاربها قرابة نسب قائمة على صلة الدم ، أى القرابة الطبيعية (Cognatio) .

على أنه كان يحد من السلطة الأبوية فى الحالة التى كان رب الأسرة يرفض فيها الرضا بدون سبب صحيح ، ففى هذه الحالة كان من الممكن الالتجاء إلى القاضى . (دوفيليه ، ودوكليرك : الزواج فى القانون الكنسى الشرقى ، السابق ، ص ٤٧) .

(٢) ويتصور هذا بالنسبة للفتاة إذ أن الزواج يصح ببلوغها ١٦ سنة ، ولا ترفع عنها الولاية على النفس إلا بعد بلوغ ١٨ سنة .

أما بالنسبة للطوائف الارثوذكسية فان المادة ١٩ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط تنص على أنه « إذا كان سن الزوج أو الزوجة دون الحادية والعشرين ، فيشترط لصحة الزواج رضا وليه الشرعى . فاذا امتنع ولى القاصر عن تزويجه ، فيرفع طالب الزواج الأمر إلى (المجلس الملى) للفصل فيه » . وعلى ذلك فرضا الولى الشرعى أمر لازم لصحة الزواج ـ وذلك بطبيعة الحال إلى جانب رضا الشخص نفسه . وإذا اختلف القاصر مع وليه ، بأن امتنع الولى عن تزويجه ، احتكم طالب الزواج إلى (المجلس الملى[1]) . ولما كان المجلس الملى غير موجود الآن فاننا نعتقد أنه يجب عرض الأمر على الرئيس الدينى لأخذ موافقته ، وبذلك تقوم هذه الموافقة مقام رضا ولى النفس . ويؤيد هذا ما جاء فى الخلاصة القانونية . فقد نصت المسألة ١٥ منها على أن صحة الزواج تتوقف على رضا الزوجين ورضى أبويهما أو أوليائهما ، ما داما باقيين تحت الولاية ، أعنى ماداما لم يكملا خمسا وعشرين سنة ، وهى السن التى كانت تنتهى فيها الولاية . ثم عرضت المسألة ١٥ بعد ذلك لحالة امتناع الآباء أو الأولياء ، فقررت أنه « إذا امتنع الآباء أوالأولياء عن أن يزوجوا من هم تحت ولايتهم، الراغبين الزواج ، بدون موجب شرعى يمنع رغبتهم ، فللرؤساء الروحيين أن يلزموهم بالتزويج والتجهيز بقدر ما يمكن[2] » . هذا وتورد المجموعات الحديثة للأقباط بيانا بمن لهم الولاية على النفس ، وسنرى ذلك فيما بعد عند الكلام عن الولاية .

---

(١) ويرى البعض (تادرس ميخائيل ، الأحوال الشخصية للمصريين ، السابق ، فقرة ٩٣) أنه لاداعى لعرض المسألة فى حالة عدم موافقة الوالدين على زواج ابنهما أو ابنتهما على المحاكم ، وإنما تعرض على المجلس الملى . ونعتقد الآن أنه لا محل للأخذ بهذا الرأى وخاصة أنه لم يعد للمجالس الملية وجود — أنظر الطبعة الأولى من هذا الكتاب ص ٣٦٤ .

(٢) وقد تعرضت الخلاصة القانونية (المسألة ١٥) فى هذا الصدد لموضوع آخر هو =

هذا بالنسبة للأقبـاط الارثوذكس[1] . أما بالنسبة للكاثوليك ، فان الحكم يختلف الآن[2] عنه فى الكنائس الأخرى، إذ لا يشترط لدى الكاثوليك رضاء الأولياء لصحة زواج الصغير الذى بلغ سن الزواج . وقد حددت المادة ٥٧ من الإرادة الرسولية سن الزواج ، فقررت أنه لايجوز للرجل أن يعقـد زواجا صحيحا قبل سن ١٦ سنة والمرأة قبل سن ١٤ سنة كاملة . ولم يرد فى النص أى شرط خاص برضاء الولى أو إذنه . ثم أوردت الفقرة الثانية من

= حالة ما إذا غاب الوالد أو الولى ثلاث سنين وكان الولد أو البنت قد بلغا السن المحددة لكل منهما (وهى سن الزواج على ما ورد فى المسأله ١٤ من الخلاصة) ، ورغبا الزواج ، فعلى الأرشد من العائلة بعد الولى أن يزوجهما . وإن كان الولى أجنبيا فللرئيس الشرعى أن يدبر أمر الزواج . وإن كانا يتيمين ، ولم يكن لهما ولى واستحقا الزواج ورغباه ، فبمعرفة الشريعة يقام لهما نواب من أقاربهما لتدبير زواجهما ، وإلا فمن الاجانب .

وقد أورد ابن العسال حكم الحالة التى يمتنع فيها الولى عن التزويج ، فقرر أن « من يمنع الذين تحت حجره من أن يزوجهم ومن أن يتزوجوا ظلما ولا يعطيهم جهازهم ، فللرؤساء أن يلزموه بالتزويج والتجهيز » . كما أورد كذلك حكم مسألة غياب الاب أو أسره فقال : « وإذ لايعود الاسير فى مدة ثلاث سنين فيجوز لولده أن يتزوج ، فان جهل موضع الاب مدة ثلاث سنين ، ولم يعلم إن كان حيا ، فيجوز لأولاده من أية الطبقتين كانوا أن يتزوجوا على حسب الناموس، وأولاد الاسير والغائب إن تزوجوا قبل ثلاث سنين ، وكان بينا أن ذلك الشخص لا يرضاه الاب فالتزويج غير صحيح » (المرجع السابق ، ص ٢٠٢ و٢٠٣) .

(١) وبالنسبة لباقى الطوائف الأرثوذكية الاخرى ، فقد أخذت بالحكم نفسه . إذ أن هذا الحكم هو ما يفهم من المادة ٧ من مجموعة السريان التى تجعل لرئيس الابرشية الروحى أن يتولى خطبة الكاملة سنا التى ليس لها آباء وأقارب أو إذا كانوا ولكنهم غائبين أو كانوا حاضرين ولكن حصل بينهم اختلاف ، أو امتنعوا عن خطبتها لرجل عند حصول رغبتها . وهذا ما يمكن القول به كذلك لدى الأرمن (أنظر المادة ٤ من مجموعتهم) ولدى الروم . فاذا لم يوافق ولى النفس كان الامر للرئيس الدينى .

(٢) وقد مرت مسـألة رضا الوالدين على زواج أبنائهما بتطور خلال التاريخ ، وانتهى الامر إلى الحل الذى سنتكلم عنه فى المتن . أنظر فى هذا الموضوع : De Smet ، السابق ، فقرة ٢٤٨ وبصفة خاصة فقرة ٢٥٠ ص ٢٨٧ ، وكذلك : شارل دوكليرك ، المرجع السابق ، فقرة ٣٥٨ ، و Galtier ، السابق ص ٥١ — ٥٣ . وانظر كذلك مذكرات حلمى بطرس ، السابق الاشارة إليها ص ١٦٦ — ١٦٩ . وقد أشـار إلى مؤلف « اسمان » عن الزواج فى القانون الكنسى جزء أول ص ١٦٤ وما بعدها ، وجزء ثان ص ١٠٤ وما بعدها .

المادة نفسها أنه وإن صح عقد الزواج بعد السن المذكور ، فليحرص مع ذلك رعاة النفوس les pasteurs d'âmes أن يرغبوا عنه الشبان إذا طلبوه قبل السن التى ألف الناس فيها عقده حسب القواعد المرعية فى كل بلد » . فالسن الذى حددته المادة ٥٧ من الارادة الرسولية يعتبر حداً أدنى فقط لا يصح الزواج قبله فى نظر القانون الكنسى للكاثوليك ، مع مراعاة أنه إذا كانت القواعد والتقاليد المطبقة فى بلد من البلاد التى يعمل فيها بالارادة الرسولية ، تخالف ذلك بأن كانت تحدد سناً أكبر من السن الذى حددته المادة ٥٧ للزواج ، فانه ينبغى أن يرغب رعاة النفوس الشبان عن الزواج حتى يبلغوا السن المرعية فى البلد . وبمعنى آخر ، أنه ينبغى أن تحترم سن الزواج التى تحددها القوانين المدنية فى هذا الصدد ، وإن كان الزواج يصح من الناحية الدينية ببلوغ السن التى حددتها المادة ٥٧ من الإرادة الرسولية . وفى كثير من البلاد تتطلب القوانين المدنية سناً أكبر من السن المحدد فى القانون الكنسى . فاذا لم يصل طالب الزواج إلى السن التى يحددها القانون المدنى ،لايمكنه عقد الزواج [١] . إذ يجب مراعاة ما تحدده القوانين المدنيةفى هذ الصدد [٢] .

ومن ذلك يتبين أنه إذا كان القانون الكنسى بالنسبة للكاثوليك يحدد

---

(١) ومن ذلك مثلا القانون المدنى الفرنسى ، فانه يحدد سن الزواج بثمانى عشرة سنة للشاب وبخمس عشرة سنة للفتاة .

أنظر : شارل دوكليرك ، السابق ، فقرة ٢٩٠ ص ٣٣٥ ، و Galtier ، السابق ص ١٢١ وما بعدها .

(٢) هذا وقد قررت لائحة الموثقين المنتدبين التى أصدرتها وزارة العدل بناء على القانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ ، أنه لايجوز توثيق عقد الزواج إذا كان سن الزوج أقل من ١٨ سنة وسن الزوجة أقل من ١٦ سنة . وإن كان يراعى أنه لا أثر لاشتراط التوثيق على صحة عقد الزواج ، كما سنرى فيما بعد بند ١٢٨ .

سن الزواج على النحو السابق ، إلا أنه ينبغى أن تراعى القواعد المرعية فى شأن السن والتى تحددها القوانين المدنية . وإذا كان الطرفان قد بلغا سن الزواج ، فلهما أن يزوجا نفسيهما دون إذن من الأولياء . وقد جاءت المادة ٢٥ من القواعد الخاصة بالكاثوليك والتى جمعها فيليب جلاد فى هذا الصدد تقرر أنه «لا يشترط رضى الوالدين لصحة الزواج ، إذ لا دليل على وجوب مثل هذا الرضى لا من جهة الناموس الطبيعى ولا من جهة الناموس الوضعى ، لأن العاقد له الولاية على جسده بالنسبة للزواج » . ولكن إذا كان رضا الولى غير مستلزم لصحة الزواج فى هذه الحالة ، إلا أنه « لما كان من المقرر أنه يجب على الأولاد أن يهابوا والديهم ويحترموهم ويوقروهم ، فلا يوافق على أن يقدموا على الزواج إلا برضاهم» . هذا هو ما كان مقررا لدى الكاثوليك قبل العمل بالإرادة الرسولية .

وقد نصت الإرادة الرسولية فى المادة ٢٤ على أنه يتعين على الكاهن أن يحرص على نصح « الأولاد القاصرين على ألا يعقدوا الزواج دون علم والديهم أو بالرغم منهم إذا لم يوافق هؤلاء على الزواج عن صواب . وإذا لم يذعنوا فلا يحضرن زواجهم ما لم يسبق ويستشر الرئيس الدينى » . وعلى ذلك ينبغى على الكاهن أن يذكر القصر بواجبهم فى استشارة آبائهم ؛ فاذا ما رفضوا القيام بذلك دون وجه حق ، كان على الكاهن أن يستشير الرئيس الدينى الذى قد يرى التصريح بالزواج . على أنه يجوز أن يكون هناك وجه مشروع لكى يرفض الأبناء القصر استشارة والديهم ، وخاصة إذا كانوا يعلمون معارضتهم دون وجه حق لرغبتهم ؛ فاذا كانت حرية الأبناء القصر تسود فى هذه الحالة ، إلا أنه يجب على الخورى أن يدخل النتائج فى الاعتبار ، فالحكمة تقتضيه أن يستشير ، أو على الأقل أن يخطر الرئيس الدينى . فاذا كانت معارضة الوالدين معروفة ، فلامحل

عادة لأن يدخل فى الاعتبار إلا المعقول منها . ومع ذلك يكون من الأحكم أن تعرض الحالة على الرئيس الدينى ، وبهذا لا يتحمل الخورى المسئولية فى مسألة من المسائل الدقيقة . ثم إن الالتجاء إلى الرئيس الدينى يعتبر دليلا على أن الأمر لم يعالج معالجة طائشة ، وأنه قد أعطى لمعارضة الوالدين ما تستحقه من اهتمام[1] .

§ ٢ — عيوب الرضــــا

١٠٠ — مدى تطبيق نظرية عيوب الرضا فى العقود المدنية بالنسبة الى عقد الزواج:

رأينا فيما سبق أنه لا بد من وجود الرضا فى الزواج ، سواء نظرنا إليه على أنه عقد أو على أنه نظام قانونى . فهو شرط جوهرى ، ولذلك كان من اللازم أن يصدر هذا الرضا صحيحا . إلا أن نظرية عيوب الرضا المعروفه فى نطـاق العقود الأخرى لايمكن تطبيقها كما هى فى شأن الزواج ، لما يترتب على ذلك من نتائج خطيرة بسبب إبطاله ؛ فابطال الزواج بصفة عامة يعتبر أكثر خطورة — من حيث النتائج الاجتماعية التى تترتب عليه — عن إبطال أى عقد آخر من العقود المتعلقة بالأموال .

ومن جهة أخرى فان نظرية عيوب الرضا ينبغى أن تصاغ ، عند إعمالها فى نطاق الزواج ، بحيث تتفق وطبيعته . ذلك أنه إذا كان الرضا أمراً جوهريا لقيام الزواج ، إلا أن دور الإرادة فيه محدود . والأخذ بنظرية عيوب الرضا يقوم على تحليل الإرادة واعتبار مالها من سلطان فى تحديد أثر العقد . ويستطيع القاضى فى نطاق العقود العادية أن يجد فى التعبير عن الارادة نفسه ومن ظروف الحال ما يمكنه من الكشف عن عيوب الرضا . أما فى الزواج فليس من السهل عليه

(١) فى هذا المعنى : Galtier : المرجع السابق ، ص ٥٣ .

القيام بذلك ، لأن الرضا يعبر عنه فى مراسيم الزواج بمجرد لفظ « نعم » ، وفيما وراء هذا اللفظ هناك من البواعث أو العوامل الشخصية العديدة ما يبقى دون أن يعبر عنه ، وكل بحث فى تلك البواعث أمر عسير تحوطه المخاطر .

كما أن الزواج يختلف عن العقود الأخرى من حيث عدم إمكان إنهائه باتفاق الأفراد . ولهذا فان التوسع فى الأخذ بعيوب الرضا قد يمهد السبيل أمام الزوجين إلى إنهاء العلاقة الزوجية ، فليس أيسر من اتفاقهما على تصوير عيب من عيوب الرضا يدعيه أحدهما ويسلم به الآخر بقصد التخلص من الرابطة الزوجية . وهذه خطورة ينبغى العمل على تلافيها ، ولا يتأتى ذلك إلا بالحد من نطاق إعمال نظرية عيوب الرضا فى الزواج (١) .

ولذلك فإن الاتجاه السائد هو عدم تطبيق نظرية عيوب الرضا بصورتها المعروفة فى العقود العادية بالنسبة للزواج ، وذلك نظراً لطبيعته من ناحية وللحد من الآثار الخطيرة التى تترتب على إبطاله من ناحية أخرى . ولم يدخل القانون الكنسى كل عيوب الرضا المعروفة فى الاعتبار وإنما عالج منها الغلط والاكراه فجعل منهما سببين يعيبان الارادة فى عقد الزواج (٢) .

---

(١) فى هذا المعنى : بلانيول وريبير وبولانجيه ، (طبعة ٥) جزء أول فقرة ٧٩٨ ص ٣٠٥ .

(٢) أما بالنسبة للعيوب الاخرى فان فى تطبيقها كما هى معروفة فى القانون المدنى ما قد يؤدى إلى الفوضى . كما أنه قد لا يتناسب وطبيعة الزواج . فالزواج رابطة شخصية محلها استمتاع الرجل بالمرأة ، وهذا ما قد يتنافى وطبيعة العيوب الاخرى **كالاستغلال** الذى يستلزم عدم تعادل بين ما يأخذ المتعاقد وما يعطى ، أى أنه ينظر فيه إلى الجانب الاقتصادى فى العقد ، وهو أمر لا يمكن تطبيقه فى صدد عقد الزواج ، حتى ولو توافرت العناصر النفسية لنظرية الاستغلال . وكل ما هنالك أن الاستغلال قد يتوافر بمناسبة الزواج نفسه ، كأن تستغل امرأة شابة هوى زوجها الطاعن فى السن فتبرم معه من العقود ما لا تتعادل فيه التزامات الطرفين بصورة واضحة ، وقد يحدث العكس إذا تزوج شاب من عجوز غنية فيبتز أموالها عن طريق =

هذا وقد تواضع بعض الفقهاء على دراسة عيوب الرضا ضمن الموانع المبطلة للزواج ، ولكن البعض الآخر يعالجها بمناسبة الكلام على الرضا فى عقد الزواج وهو ما نتجه إليه ، لأن عيوب الرضا إنما تتعلق بالارادة ، ولكى ترتب الارادة أثرها القانونى فى الزواج - كما فى غيره من العقود الاخرى - يتعين أن تكون خالية مما يعيبها . وسنعرض فيما يلى للغلط ثم للاكراه ، ونتكلم بعد ذلك عن الخطف لصلته بهذا العيب الأخير (١) .

= عقود يبرمها معها مستغلا فيها هواها له ... هذا بالنسبة للاستغلال . وواضح أنه لا يتصور تطبيق هذا العيب من عيوب الرضا فى شأن عقد الزواج .

أما بالنسبة **للتدليس** فان تطبيقه فى هذا الصدد يؤدى إلى إبطال كثير من عقود الزواج ، ذلك لأن الطرفين يقومان عادة بكل ما يمكنهما من الحيل لكى يحمل كل منهما الآخر على إتمام الزواج ، وهذا أمر شائع يصعب إبطال الزواج بسببه . ثم إن الزواج من الأمور التى تحتاج إلى التروى والتدبر ، وليس لمن ركن إلى حيل الطرف الآخر أن يلوم إلا نفسه ، فقد كان عليه الحذر والتبصر قبل الاقدام على عقد خطير له شأنه فى حياة الانسان ، إذ فى الزواج يسعى كل طرف إلى إتمامه بكل الوسائل ، وقد عبر عن ذلك أحد شراح القانون الفرنسى القديم (Loysel) بقوله إنه فى مسائل الزواج ليغش من يستطيع (En mariage il trombe qui peut) (أنظر فى هذا : بلانيول وريبير وبولانجيه ، السابق ، فقرة ٧٩٩ ص ٣٠٦) .

على أنه إذا كان التدليس لا يدخل فى الاعتبار لخطورة الآثار المترتبة عليه بصفة عامة ، إلا أننا سنرى فى المتن أن بعض القوانين الكنسية تدخل الغش فى الاعتبار فى حالات معينة .

(١) هذا ويفرق فقهاء القانون الكنسى الغربى فى صدد عيوب الرضا بين **عيوب الادراك** (Défauts dans l'intelligence) ويعالجون تحتها الجهل بطبيعة الزواج وأغراضه والغلط ، **وعيوب الارادة** (Défauts dans la volonté) ، ويعالجون تحتها الاكراه (أنظر : شارل دوكليرك ، السابق جزء ٢ ، فقرة ٤٠٤ وما بعدها . وانظر كذلك : Fourneret السابق ص ١١٩ وما بعدها .

ويراعى أنه بالنسبة إلى **الانجيليين** ، لم تنص قواعدهم على عيوب الرضا . ولهذا لامانع من الاستنارة فى شأنها بأحكام عيوب الرضا التى سنتكلم عنها ، خاصة وأن المادة ٩ من قانونهم تنص على أنه « لا يجوز أن يعقد الزواج إلا بعد الرضا بالايجاب والقبول بين الزوجين » . وهذا يقتضى أن يوجد الرضا المطلوب سليما .

١٠١ — أولا : الغلط (L'erreur) : قد يختلط بدراسة الغلط كعيب من عيوب الرضا موضوع الجهل (ignorance) بأغراض الزواج وطبيعته . وقد عالج فقهاء الشريعة المسيحية الجهل والغلط باعتبارهما يعيبان الإدراك ، وبالتالى يعيبان الرضا بالزواج . وقبل أن نتكلم عن أحكام الغلط، نعرض سريعا لموضوع الجهل بطبيعة الزواج وأغراضه ، ولو أنه لا يثور كثيراً من الناحية العملية .

ينبغى أن يعلم المتعاقدان أن الزواج شركة دائمة بين الرجل والمرأة هدفها إنجاب الأولاد ووسيلتها الاتصال الجسدى بينهما على نحو معين . فينبغى أن يعلما أن الغرض من الزواج هو إنجاب الأولاد وليس مجرد الصداقة ، أو مجرد الهدوء والراحة التى تنشأ من حياة شخصين معا . وينبغى كذلك أن يعلما أن هناك بعض حقوق جسدية خاصة بكل منهما نحو الآخر تتجاوز مجرد الصداقة والعطف . ولكن لا يلزم أن يعرفا على أى نحو تكون هذه الحقوق الجسدية، بل يكفى أن يعلما — كما قال بولس الرسول فى رسالته الاولى إلى أهل كورنثوس [1] — أنه « ليس للمرأة تسلط على جسدها بل للرجل . وكذلك الرجل أيضا ، ليس له تسلط على جسده ، بل للمرأة » .

وقد جاءت المادة ٧٣ فقرة أولى من الإرادة الرسولية للكاثوليك الشرقيين تقضى فى هذا الموضوع بأنه « لكى يكون هناك رضا بالزواج ، يجب ألا يجهل الزوجان على الأقل ، أن الزواج شركة دائمة (Permanante) بين الرجل والمرأة ، بقصد إنجاب الأولاد » . وعلى ذلك فان الجهل فى هذه الحالة يترتب عليه انعدام الرضا بالزواج . ولما كان من النادر ألا يعلم المتعاقدان الغرض من الزواج على النحو السابق ، فقد قررت المادة السابقة فى فقرتها الثانية أن « هذا

(١) الاصحاح ٧ ، الآية ٤

الجهل لا يفترض بعد البلوغ » . ذلك أنه منذ البلوغ يستطيع الشخص أن يدرك أن المجتمع الصغير الذى ينشـــأ الأطفال فى رحابه إنما يتـكون من أب وأم ، وأن الأطفال إنما هم ثمرة الاتصال الجنسى بين الرجل والمرأة . ومع ذلك فقد يحدث ــ نادرا ــ ألا يكون للشاب أو للفتاة العلم المطلوب فى هذا الشأن حتى بعد البلوغ ، ولهذا فإن القرينة التى يتـكلم عنها النص فى المادة ٧٣ فقرة ٢ تسمح بإثبات العكس[1] . ومهما يكن من الأمر ، فإن هذه المسألة إنما هى مسألة نظرية ، فلنتركها لنعالج موضوعا آخر أكثر أهمية من الناحية العملية ؛ وهو موضوع الغلط .

والغلط (l'erreur) يختلف ــ كما قدمنا ــ عن مجرد الجهل بأغـــراض الزواج . ذلك أنه إذا كان الشخص فى حالة الجهل خالى الذهن عن أمر من الأمور ، أى ليست عنده أية فـكرة عن هذا الأمر ، فإن الغلط إنما هو فـكرة غير صحيحة (Fausse) تتكون حول أمر من الأمور ، فيعتقد الشخص على خلاف الحقيقة .

ويقسم فقهاء القانون الـكنسى الغلط بصفـــة عامة إلى غلط فى الواقع (erreur de fait) وغلط فى القانون (erreur de droit) . فقد تتعلق الفكرة غير الصحيحة بالشخص الذى يراد إبرام الزواج معه أو بصفه من صفاته وهذا هو الغلط فى الواقع ؛ وقد تتعلق تلك الفـكرة بخصائص العقد نفسه ، كما إذا تعلق الغلط بخصائص الزواج الجوهرية ، كالوحدة وعدم القابلية للانحلال ، وهذا هو الغلط فى القانون .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى : « شارل دوكليرك » فى القانون الـكنسى ، باشراف « ناز » جزء ٢ — المرجع السابق فقرة ٤٠٥ ص ٣٥٦ . وانظر كذلك : Fourneret ، المرجع السابق ص ١٢٠ — Galtier ، المرجع السابق ص ١٩٣ .

١ ـ **الغلط فى الواقع** : ينبغى أن يكون هذا الغلط جوهريا حتى يعيب الرضا، ويفرق فقهاء القانون الكنسى بصفة عامة بين الغلط الجوهرى الذى يبطل الزواج والغلط العرضى الذى لا يعتد به . والغلط الجوهرى قد يكون فى شخص الطرف الآخر أو فى صفة من صفاته ، وذلك فى حالات معينة ، وعلى خلاف بين المذاهب المسيحية نعرض له فيما يلى :

(١) الغلط فى الشخص (erreur sur la personne) : ويقصد به الغلط فى ذاتية الشخص نفسه ، بأن يحل شخص محل شخص آخر . ذلك أن رضا أحد الزوجين فى عقد الزواج يتجه بصفة رئيسية إلى شخص الطرف الآخر ، ولهذا فان أى إبدال فى هذه الشخصية لا يتوافر معه الرضا . فاذا ما تزوج رجل امرأة بينما كان يقصد التزوج بأخرى غائبة ولكنها تشبه من تزوجها ، فمن الواضح فى مثل هذه الحالة أن الرضا يعتبر غير موجود[١] .

وقد نصت القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية على هذه الصورة من صور الغلط . فتقرر القواعد الخاصة بالاقباط الأرثوذكس أنه « إذا وقع غش فى شخص أحد الزوجين فلا يجوز الطعن فى الزواج إلا من الزوج الآخر الذى وقع عليه الغش »[٢] . والنص فى هذه الحالة يستلزم أن يكون الغلط نتيجة غش . وعلى ذلك إذا كان الغلط تلقائيا فإنه لا يعيب الرضا ، وبالتالى لا أثر له

(١) ومثل هذا الفرض قد يتصور إذا كان الشخص أعمى رغم مقابلته لمن يريد التزوج بها ، كما قد يتصور كذلك فى حالة ما إذا رأى أحد الطرفين الآخر أو صورته من قبل ، ولكن الزواج تم فى الظلام أو عن طريق الوكالة لدى من يبيح الزواج عن طريق الوكالة . وقد يستغل شخص تشابه الاسماء ، ويتقدم للزواج من الطرف الآخر ويكتم عنه أنه ليس هو الشخص المقصود ، وعلى أية حال فان هذا أمر نادر .

(٢) أنظر المادة ٣٦ و٣٧ من مجموعة ١٩٥٥ و١٩٣٨ على التوالى .

طبقا لما جاء به النص السابق . والغش فى هذه الحالة ينظر إليه نظرة أوسع من التدليس ، فليس من اللازم أن تتوافر الحيل اللازمة لقيام التدليس كما هو معروف فى القانون المدنى ، إذ ليس من عناصر الغش وجود الحيل ، كما أنه لا يلزم أن يصدر من طرف من أطراف العقد على الطرف الآخر ، والمهم أن يقع أحد الزوجين فى غلط بالنسبة لشخص الزوج الآخر ويكون ذلك نتيجة الغش [1] .

أما بالنسبة للطوائف الكاثوليكية الشرقية بصفة عامة فقد نصت المادة ٧٤/١ من الارادة الرسولية على هذا الحكم فقررت أن الغلط فى الشخص يبطل الزواج ومن المتصور وجود هذا الغرض لدى الطوائف الكاثوليكية وخاصة إذا علمنا أن الزواج يمكن أن يتم عندهم عن طريق الوكالة ، كما قدمنا . ولا يلزم أن يكون نتيجة غش ، كما هو الشأن لدى الطوائف الأرثوذكسية .

---

(١) أنظر فى التفرقة بين الغش والتدليس حكم محكمة الاسكندرية المختلطة فى ١٨ نوفمبر ١٩٢٥ ، البلتان عدد ٣٨ ص ٥٤ .

هذا وقد جاء فى المسألة ٢٥ من الخلاصة القانونية أن الغش قد يكون من جهة الخطوبة ، كمن يخطب فلانة ثم يظهر أن المعقود عليها غيرها . أو كمن تخطب لواحد ويعقد لها مع آخر غيره ، بحيث ينكر الزوج المظلوم على تلك الخطبة المغشوشة عند ظهور الأمر له ، ويرفض الاختلاط مع من غش فيه . ويقول شارح الخلاصة القانونية فى هذا الصدد إن هذا الأمر نادر لأن الخطيب يرى الخطيبة ولا يقبل الزواج إلا بعد الاتفاق . ولكن إذا حصل الغش تفسخ الزيجة ويتكلف الغاش بما يترتب على ذلك من الاضرار (شرح الخلاصة القانونية لجرجس فيلوثاوس عوض ، المرجع السابق ص ٦١) . والغلط المقصود فى هذه الحالة إنما هو غلط فى الشخص .

ولا يختلف الحكم فى شأن هذه الحالة لدى باقى الطوائف الأرثوذكسية الأخرى بصفة عامة . وتجيز المادة ٨ من مجموعة السريان « الفسخ » بسبب الغلط فى هذه الحالة ، على غرار ماجاء فى الخلاصة القانونية سابقا ، وعلى أن يكون الغلط نتيجة الغش أيضا أنظر أيضا المادة ٨٢ سريان . وانظر كذلك المادة ١٧ من مجموعة الارمن حيث تنص صراحة على الغلط فى شخص المتعاقد دون استلزام أن يكون نتيجة الغش . ولهذا إذا كان الغلط تلقائيا يعتد به . ولا يخرج ماجاء بالنسبة للروم عما جاء بالنسبة للارثوذكس بصفة عامة (أنظر المادة ١/ب بالنسبة لشروط إنشاء الزواج إذ تنص على أن الزواج لاينشأ إذا كان هناك « خطأ أو غش » .

ومهما يكن من الأمر ، فانه إذا تصورنا قيام الغلط فى هذه الحالة من الناحية النظرية ، إلا أنها صورة نادرة ، بل وقد تكون مستحيلة من الناحية العملية .

(٢) الغلط فى الصفة : (L'erreur sur une qualité de la personne) : الأصل أن هذا الغلط لا أثر له على صحة الزواج . ذلك أن صفة الشخص ليست إلا أمرا عرضيا وبالتالى لا يكون هناك عيب جوهرى . فالغلط لا يعتبر جوهريا طالما أنه لم يقع فى الشخص . وعلى ذلك إذا اعتقد أحد الزوجين أن الآخر تتوافر فيه صفات معينة ثم اكتشف أنها غير موجودة ، كان الزواج صحيحا . فمن تزوج فتاة على أنها عذراء ، طاهرة ، شريفة ، غنية ، ذات خلق حميد ، ثم وجدها غير ذلك ، فان زواجه يبقى صحيحا ، مع أن ذلك فى نطاق العقود العادية قد يؤدى إلى البطلان . ذلك أنه إذا أبطل الزواج بسبب الغلط فى صفة من صفات الشخص على هذا النحو ، كان ذلك مصدراً لمنازعات دائمة ، وعدم استقرار بالنسبة لنظام الزواج نفسه . والأمر هنا على خلاف الخطبة ، لأن الزواج فى الأصل رباط غير قابل للانحلال [1] .

هذا هو المبدأ العام فيما يتعلق بالغلط فى الصفة ، إلا أن القانون الكنسى يدخله مع ذلك فى الاعتبار ، فى حالات معينة ، على خلاف بين القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة .

فبالنسبة للأقباط الأرثوذكس ، نجد أن الغلط فى الصفة يدخل فى الاعتبار فى حالة ما « إذا وقع غش فى شأن بكارة الزوجة ، بأن أدعت أنها بكر وثبت

(١) أنظر فى هذا المعنى : Galtier : السابق ١٩٤ ؛ De Smet ، السابق ، ص ٤٠٨

أن بكارتها أزيلت بسبب سوء سلوكها ، أو فى خلوها من الحمل وثبت أنها حامل »[1] . ولا بد أن يكون الغلط فى الصفة هنا نتيجة غش حتى يمكن إدخاله فى الاعتبار . والاصل أن الغش أو الطرق الاحتيالية التى يقوم بها أحد الطرفين فى الزواج لا أثر لها ، مهما ترتب عليها من نتائج ؛ لأن هذا أمر طبيعى لا مفر منه بالنسبة لكل زواج . إلا أن الأقباط الأرثوذكس يدخلونه فى الاعتبار إذا وقع فى بكارة الزوجة بأن ادعت أنها بكر وثبت أن بكارتها أزيلت بسبب سوء سلوكها ، أو فى خلوها من الحمل وثبت أنها حامل . والغش فى هذه الحالة قاصر على مجرد ادعاء الزوجة البكارة أو الخلو من الحمل ، على خلاف الحقيقة . فإذا تبين فيما بعد أن الزوجة لم تكن بكراً ، ولم يكن الزوج يعلم ذلك من قبل ، كان له طلب بطلان الزواج . إنما يشترط لذلك أن يثبت أن بكارتها قد أزيلت بسبب سوء سلوكها . أما إذا كانت إزالة طبيعية أو إثر حادث أو عملية جراحية ، فلا يحكم ببطلان الزواج . ويجب فى هذه الحالة التثبت دائما ، إذ ليس وجود البكارة أو زوالها دليلا على العفة أو الفسق ، ويرجع فى ذلك دائما إلى رأى المختصين من رجال الطب الشرعى[2] ، وإذا ادعت الزوجة خلوها من الحمل وثبت أنها حامل يكون للزوج أيضا طلب بطلان الزواج ، والحكمة من ذلك واضحة وهى منع اختلاط الأنساب[3] .

---

(١) المادة ٣٦ و٣٧ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ .

(٢) أنظر شرح الخلاصة القانونية لجرجس فيلوثاوس عوض ، السابق ، ٦١ ، ٦٢ والهامش .

(٣) لكن ما الحكم إذا كانت الزوجة لا تعلم فعلا بحالة الحمل ؟ الوضع الغالب هو أنها تعلم على الاقل أن بكارتها قد أزيلت ، وهذا يكفى لتطبيق الفرض الأول بالنسبة للبكارة ، ويغنى عن البحث عن حالة الحمل ، متى ثبت ، بطبيعة الحال أن إزالة البكارة كانت بسبب سوء السلوك . لكن قد يتصور بقاء الفتاة بكرا أو قد تزال بكارتها بسبب آخر غير سوء سلوكها =

هاتان هما الحالتان اللتان نص عليهما بالنسبة للأقباط الأرثوذكس ، وهما حالة البكارة وحالة الحمل ، ولابد أن يكون الغلط نتيجة غش الزوجة ، فلايدخل الغش فى الاعتبار إلا إذا أدى إلى غلط فى هاتين الصفتين (١).

=ومع ذلك تكون حاملا لسبب أو لآخر . فما الحكم إذا أدعت خلوها من الحمل وهى حامل فى هذه الحالة ولا تعلم بحملها ولم يكن فى استطاعتها أن تعلم ؟ يمكن القول فى هذه الحالة بعدم ابطال الزواج ، لأن الزوجة لم تكن تعلم بحالة الحمل حينما ادعت خلوها منه ، وذلك على هدى القواعد العامة فى هذا الخصوص . والواقع أنه لايتصور عدم علم الزوجة فى الفرضين المنصوص عليهما — وهما ادعاء البكارة والخلو من الحمل — إلا فى حالة الحمل على نحو ما بينا . أنظر أيضا ، حلمى بطرس ، المرجع السابق ، ص ١٩٣ — ١٩٥ .

(١) وقد ذكرت فى الخلاصة القانونية حالات أخرى للغش فى الدين ، كمن يتراءى أنه مسيحى وبعد الاقتران يظهر الأمر على خلاف ذلك ، وهذا موجب للفسخ على الوجه المذكور فى الخلاصة . وقد يكون الغش من جهة **الزيجة** ، كمن يكون متزوجا فى جهة ويدعى العزوبة فى جهة أخرى حتى يتزوج زيجة ثانية ، وهو أيضا موجب للفسخ بعد التحقيق الشرعى ، فضلا عن وقوع المدلس فى هذه الحالة تحت طائلة قانون العقوبات . وقد يكون الغش كذلك من جهة **الرتبة** ، كمن تكون رتبته الدينية مانعة له من التزوج ويخفيها رغبة فى الزواج . (أنظر فى كل هذا المسألة ٢٥ من الخلاصة القانونية وشرحها لجرجس فيلوثاؤس عوض . وأنظر أيضا حكم محكمة دمنهور الابتدائية فى ١٩٥٦/٤/١٠ قضية رقم(١) لسنة ١٩٥٦ كلى مشار اليه فى المرجع لصالح حنفى جزء ١ ، الطبعة الاولى وبصفة خاصة ص ٢٩٧ — ٢٩٨ رقم ٧) .

هذا ويراعى أن الطوائف الارثوذكسية الأخرى لا تختلف فى مجموعها عما جاءت به القواعد الخاصة بالاقباط الارثوذكس . فقد نصت المادة ١٧ من مجموعة **الأرمن** على حالتى الغش فى البكارة والخلو من الحمل . أما عند **السريان** فقد توسعت قواعدهم بالنسبة للغلط فى الصفة وهى تكاد تطابق ما جاءت به المسألة ٢٥ من الخلاصة القانونية للأقباط الأرثوذكس (أنظر المادة ٨٠ ومابعدها من مجموعة السريان ، والغلط فى الصفة عندهم يدخل فى الاعتبار بسبب الغش سواء كان من جهة الدين أو الخطبة أو البكارة أو الارتباط بالزيجة ، أو من جهة الرتبة أو السن (انظر المادة ٨٠) ، مع مراعاة أن الغش فى الخطبة يؤدى إلى الغلط فى الشخص (انظر رقم ٨٢) . وانظر المادة ٨١ حيث ذكرت حكم الغش فى البكارة ، وحكمها كالاقباط ، والمادة ٨٣ ذكرت حكم الغش من جهة الدين . والمادة ٨٤ ذكرت حكم الغش فى الرتبة والمادة ٨٥ ذكرت حكم الغش فى الزيجة ، وانظر كذلك المادة ٨٦ . أما بالنسبة **للروم** الارثوذكس ، فقد اكتفت المادة ١٥ من القواعد الخاصة بالزواج =

أما بالنسبة للطوائف الكاثوليكية ، فالأصل — كما رأينا — هو عدم الاعتداد بالغلط فى صفة من صفات الشخص ، ولو كانت هذه الصفة هى سبب التعاقد . ولكن الغلط فى الصفة يدخل فى الاعتبار ويؤدى إلى بطلان الزواج فى حالتين ، حالة ما إذا أدى إلى غلط فى الشخص ، وحالة الحرية . ففى الحالة الأولى إذا أدى الغلط فى الصفة إلى الغلط فى الشخص نفسه ، فانه يدخل فى الاعتبار وهذا ما جاءت به المادة ٧٤ من الإرادة الرسولية بالنسبة للطوائف الكاثوليكية الشرقية . إذ بعد أن قررت أن الغلط فى الشخص يبطل الزواج ، نصت فى فقرتها الثانية على أن الغلط فى صفة الشخص ، وإن كان سببا للعقد ، لا يبطل الزواج إلا إذا أدى إلى الغلط فى الشخص . ويضرب فقهاء القانون الكنسى أمثلة لهذا النوع من الغلط فى الصفة الذى يؤدى إلى غلط فى الشخص . من ذلك مثلا حالة ما إذا رحل فرنسى إلى أمريكا منذ مدة طويلة إلا أنه بقى على صلة بأحد أصدقائه فى باريس ، وفيما بعد طلب الأمريكى يد ابنة صديقه الفرنسى لابنه . إلا أنه فى يوم الزواج تقدم شخص آخر أسمى نفسه باسم ابن الأمريكى منتحلا حالته المدنية . ولما كان الفرنسى وابنته لا يعرفان ابن صديقه الأمريكى إلا عن طريق السماع فقط ؛ فإن الإبنة التى تريد الزواج من ابن صديق أبيها تجيب على أسئلة الكاهن الذى يعقد الزواج بالقبول ، معتقدة أن الشخص الآخر إنما هو ابن صديق أبيها . فى هذه الصورة

= والطلاق عندهم بالنص على أن للزوج أن يطلب الحكم بطلاقه من زوجته «إذا لم يجدها بكرا يوم زواجه ، وفى هذه الحالة يلزمه أن يعلن الأمر حالا للسلطة الكنسية العليا بجهته، وأن يقوم باثباتها » . وانظر أيضا المادة الأولى من القواعد الخاصة بهم إذ تنص على أنه يقتضى لانشاء الزواج أن يكون « قبول القادمين على الزواج قبولا حرا ، فلا ينشأ إذا كان هناك إكراه أو خوف أو خطأ أو غش » .

يوجد هناك غلط . إذ أن الفتاة اعتقدت أن الذى تقدم لها هو ابن صديق والدها . هذا الغلط كان من شأنه أن يؤدى إلى الغلط فى ذاتية الشخص الذى تتزوجه [1] .

والواقع أننا فى هذا الفرض وأمثاله نجد أن ذاتية أحد الزوجين قد تكون أقل أهمية فى نظر الطرف الآخر من صفة أو أخرى من الصفات التى يعتقد وجودها فيه ، لدرجة أن هذه الذاتية لا تكون عنده إلا أمرا ثانويا . وفى الفرض السابق نجد أن الصفة ذات الأهمية الأولى فى نظر الفتاة إنما هى كون الزوج ابن صديق والدها ، أما ذاتيته فهى فى المقام الثانى . وقد أدى الغلط فى الصفة إلى الغلط فى الشخص . وكذلك الحال فيما إذا رغبت المرأة التزوج من نبيل أو من ذى منصب هام ، فان الغلط فى صفة النبالة أو فى المنصب الهام الذى يحتله الزوج يؤدى إلى الغلط فى الشخص ، طبقا لما يعنيه نص المادة ٧٤ سالف الذكر .

وعلى ذلك إذا ما انصب رضا المرأة مباشرة على شخص معين ، فإن الغلط فى صفة النبالة فى هذا الشخص لا يبطل الزواج . أما إذا كان القصد المباشر لها هو التزوج من ابن ملك أيا كان ، فإذا ما قدم لها شخص آخر ليست فيه هذه الصفة ، أى ليس ابن ملك ، فإن الغلط فى هذه الحالة الأخيرة وهو غلط فى الصفة ، يؤدى إلى غلط فى ذاتية الشخص ، ويعتبر الزواج باطلا [1] .

هذا عن الحالة الأولى الخاصة بالغلط فى الصفة .

---

(١) هذا المثل اورده " Fourneret " ، المرجع السابق ، ص ١٢٣ .

(٢) أنظر فى هذا : De Smet ، المرجع السابق ، ص ٤٠٩ هامش رقم ١ والمراجع المشار اليها فى هذا الصدد . وانظر أيضا : « شارل دوكليرك » : المرجع السابق ، جزء ٢ فقرة ٤٠٦ وخاصة ص ٣٥٧ .

أما عن الحالة الثانية فهى حالة ما إذا تعاقد شخص حر (libre) مع آخر يعتقد أنه حر ، مع أنه عبد (esclave) . فى هذه الحالة يوجد غلط فى صفة من صفات الشخص وهى الحرية ، بحيث لو علم المتعاقد الآخر حقيقة الأمر ما أقدم على التعاقد . والواقع أنه إذا كان مثل هذا الفرض لاقيمة له ، نظراً لإلغاء الرق ، إلا أن من المتصور حدوثه ، لأن القانون الكنسى — كما قيل — يمكن أن يجد مجالا للتطبيق فى العالم أجمع [1] .

ويراعى أنه بالنسبة للطوائف الكاثوليكية لا يشترط أن يكون الغلط ناتجا عن غش كما هو الحال بالنسبة للأرثوذكس على النحو السابق بيانه .

ب — الغلط فى القانون (erreur de droit) : يعرض فقهاء القانون الكنسى لهذا النوع من الغلط بصدد الكلام عن خصائص الزواج ومميزاته الجوهرية . وقد عالجت المادة ٧٥ من الإرادة الرسولية هذا الموضوع فقررت أن مجرد الغلط فيما يتعلق بوحدة الزواج أو عدم قابليته للإنحلال أو فى صفته كسر مقدس لا يبطل الرضا بالزواج ، حتى ولو كان هذا الغلط دافعاً إلى التعاقد .

---

(١) Foureret ، السابق ، ص ١٢٣ .

ويراعى أن المادة ٧٤ من الارادة الرسولية تقابل المادة ١٠٨٣ من القانون الكنسى الغربى . وانظر ايضا المواد ٦٣ وما بعدها من القواعد التى جمعها فيليب جلاد بالنسبة للكاثوليك جزء ٥ ص ٣٦٨ ، وكذلك ، « شارل دوكليرك » السابق ، فقرة ٤٠٦ ص ٣٥٧

ويدخل الفقهاء الغلط فى الصفة فى الاعتبار كذلك فى حالة أخرى وهى حالة ما إذا كانت الصفة شرطا فى العقد ، حتى ولو لم يقع هذا الغلط على الشخص فقد يحدث أن تكون الصفة المطلوبة شرطا جوهريا يعلق عليه رضا أحد الزوجين ، وفى هذه الحالة يكون البطلان بسبب عدم تحقق الشرط (أنظر : Galtier ، السابق ، ص ١٩٤ ، و De Smet السابق ص ٤٠٩ وقارن مع ذلك المادة ٨٣ من الارادة الرسولية) .

فقد يتعاقد الطرفان وهما يعتقدان أن الزواج يمكن فصم عروته بالطلاق ، أو أنه يجوز التزوج بأكثر من واحدة ... ، وقد يكون هـذا دافعـا لهما إلى الزواج ، فيعتبر الغلط فى هذه الحالة سببا للتعاقد ولولاه ما أقدما عليه . ولـكن مثل هذا الغلط لا أثر له ، ولا يقال إنه لو علم أحد الطرفين الحقيقـة ما ارتبط بالزواج . فإذا كان الأمر يتعلق بمجرد غلط وقع فيه شخص يريد الزواج ، دون أن يهتم بطبيعته وخصائصه الجوهرية ، لا يكون الرضا معيبا ، حتى ولو كان الغلط سببا للرضا ، بحيث أنه ما كان يقبل لو حضرته فـكرة عن الزواج بخصائصه التى تعطيها له الـكنيسة ، وهى الوحدة وعدم القابلية للانحلال وأنه سر مقدس[1] .

١٠٢ — ثانيا : الأكراه (La violsnce) : يعتبر الاكراه عيبـا من عيوب الرضا فى الزواج . ولـكن الإكراه الذى يمكن إدخاله فى الاعتبار كعيب فى الرضا ، ليس الاكراه الحسى (violence physique) ، بل الإكراه النفسى أو المعنوى (violence morale) . ذلك أن الاكراه الحسى أو المـادى أمر نادر الوقوع ، ولا يمكن تحققه إلا إذا تصورنا إرغام أحد الزوجين على التعبير عن رضاه عن طريق دلالة تؤدى إلى ذلك كإحناء رأسه بالقوة ، وهـذه حالة خيالية نادرة ، وخاصة إذا راعينا أن الزواج يتم أمام رجل الدين بحضور الطرفين

---

(١) ومن الواضح أن المتعاقد إذا رفض هذه الخصائص الجوهرية للزواج عند العقد ، وبشكل إيجابى ، فان الرضا الذى يصدر عنه فى هذه الحالة لا يعتبر رضا بالزواج ، أى أن الزواج لا تقوم له قائمة ، ويعتبر باطلا (أنظر المادة ٧٧ فقرة ٢ من الإرادة الرسولية — وانظر أيضا : Galtier ، السابق ص ١٩٩ ، و Fourneret ، السابق ، ص ١٢٣—١٢٤)

هذا ، ويعتبر الرضا قائما كذلك فى الحالة التى نصت عليها المادة ٧٦ من الارادة الرسولية (أنظر أيضا المادة ١٠٨٥ من القانون الـكنسى الغربى ، و « شارل دوكليرك » السابق ، فقرة ٤٠٧ ص ٣٥٨ . و Fourneret ، السابق ص ١٢٤ .

واتباع الاجراءات الشكلية التى يتطلبها القانون [(١)] .

أما الاكراه النفسى أو المعنوى ، فهو يؤثر بطريق غير مباشر على الإرادة عن طريق الرهبة أو التهديد بخطر مادى أو معنوى حال أو مستقبل .

وقد عالج القانون الكنسى ، بالنسبة للمذاهب المختلفة ، عيب الاكراه . فنصت القواعد الخاصة بالأقباط الارثوذكس على أنه « إذا كان الزواج بغير رضـــا الزوجين أو أحدهما رضاء صادرا عن حرية واختيار ، فلا يجوز الطعن فيه إلا من الزوجين أو من الزوج الذى لم يكن حرا فى رضائه » [(٢)] .

أما بالنسبة للطوائف الكاثوليكية الشرقية ؛ فقد نصت المادة ٧٨ من الإرادة الرسولية على أنه : « ١ـ لا يصح الزواج المعقود عن قسر (violcnce) أو خوف شديد (crainte grave) ، توقعه ـ دون حق ـ علة خارجية لإكراه أحد الفريقين على الرضا . ٢ـ كل خوف غير هذا ، سبب إبرام العقد ، لا يلازمه

---

(١) وقد قيل إن الاكراه الحسى لا يتصور من الناحية العملية إلا فى حالة الزواج عن طريق الوكالة فى الحدود التى يسمح فيها بمثل هذا الزواج عند من يبيحه . ويكون ذلك إذا أعطيت الوكالة نفسها تحت سلطان الاكراه (شارل دوكليرك ، المرجع السابق باشراف « ناز » ص ٣٦٠ هامش ٢) . إلا أنه فى مثل تلك الصورة يكون الإكراه عيبا من عيوب الرضا بالنسبة للوكالة ذاتها .

(٢) مادة ٣٦ و ٣٧ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ ولا تختلف الأحكام الخاصة **بطوائف المذهب الارثوذكسى** فى مجموعها ، عما جاء بالنسبة للأقباط الأرثوذكس. فقد جاء فى المادة الأولى من لائحة الزواج والطلاق للروم الأرثوذكس أنه يقتضى لإنشاء الزواج أن يكون « قبول القادمين على الزواج قبولا حرا » فلا ينشأ إذا كان هناك اكراه أو خوف أو خطأ أو غش » : كما نصت المادة ١٧ من مجموعة الأرمن على أنه « إذا عقد الزواج بغير رضا الزوجين أو بغير رضا أحدهما ، فلا يجوز الطعن فيه إلا من الزوجين أو من الزوج الذى لم يكن حرا فى رضائه » . وهذا هو ما ينطبق أيضا بالنسبة للسريان .

بطلان الزواج » [1] .

ومن استعراضنا للنصوص السابقة يتبين أنه يشترط صدور الرضا عن حرية واختيار ؛ فلا يصح الزواج إذا عقد تحت تأثير الإكراه أو الخوف الشديد . وقد أتت النصوص مختصرة بالنسبة للأرثوذكس ، فلم تفرق ، كما هو الشأن بالنسبة للكاثوليك ، بين الإكراه الذى يبطل الزواج ، والإكراه الذى لا يترتب عليه هذا الأثر ، كما أنها لم تذكر الشروط اللازمة فى الإكراه أو الخوف لكى يبطل الزواج . ولذلك يمكن الرجوع فى تفسير الإكراه ، من حيث توافر العناصر اللازمة لقيامه باعتباره عيبا فى الرضا ، إلى ما أوردته الارادة الرسولية مفصلا بالنسبة للإكراه .

والإكراه لا يدخل فى الاعتبار ويترتب عليه أثره فى جميع الحالات لدى الكاثوليك . فقد اشترطت الارادة الرسولية فى الخوف أو الرهبة التى ينشأ عنها البطلان شروطا معينة ينبغى توافرها حتى يمكن إبطال الزواج . وكل خوف آخر لا تنطبق عليه الشروط المطلوبة لا يدخل فى الاعتبار ، وبالتالى لا يؤدى إلى بطلان الزواج . ومعنى ذلك أنه قد يتصور أن يكون هناك رضا بالزواج مع وجود إكراه أو خوف ، طالما لم تتوافر الشروط اللازمة لقيام الإكراه بالمعنى الذى يتطلبه القانون . فالخوف الذى يبطل الزواج يكون فى حالات محدودة ،

---

(١) ويقابل المادة ٧٨ بالنسبة للكاثوليك الشرقيين ، المادة ١٠٨٧ فى القانون الكنسى للغربى . وقد جاء حكم الاكراه فى المواد ٩٦ وما بعدها من القواعد الخاصة بالكاثوليك لفيليب جلاد ، (جزء ٥ ص ٣٨٠) ، فنصت المادة ٩٦ على أنه « يبطل الزواج الحاصل تحت الخوف الشديد » . ونصت المادة ٩٧ على أنه « لا يعتبر الخوف شديدا إلا إذا توفرت فيه الشروط الآتية : ١ - صدور من علة خارجية ذات حرية . ٢ - ايقاعه بغير حق ٣ - أن يكون ايقاعه بقصد الالجاء إلى عقد الزواج » . ونصت المادة ٩٨ على أن « الخوف الخفيف وان وقع بغير حق لا يبطل عقد الزواج » ، أنظر الصفحة المذكورة .

وينبغى أن تتوافر فيه شروط معينة نتولاها بالشرح والبيان فيما يلى ، وهى لا تخرج فى مجموعها عن القواعد العامة فى الاكراه .

١ ـ فينبغى أن يكون هناك خوف شديد (Craint Crave) : وتعتبر جسامة الخوف من المسائل النسبية ، وينظر فيها إلى السن والجنس وحالة الأشخاص ولكن هناك من الحالات ما يعتبر الضرر فيها جسيماً بالنسبة للكافة كالتهديد بالموت أو النفى أو فقد الحرية أو المركز الاجتماعى أو كل الأموال ... ففى كل هذه الحالات يوجد خطر جسيم يولد فى نفس الشخص ـ أى شخص ـ رهبة من شأنها حمله على التعاقد ودفعه إلى إبرام الزواج ، مع أنه لا يمكن قبول إتمام هذا الزواج فى الوضع العادى ، لو لم يكن هناك تهديد تولد عنه هذا الخوف .

على أنه لا يلزم فى غالب الأحيان أن يكون الخوف المتولد عن الاكراه على هذه الدرجة من الجسامة ، ويكفى أن تكون هناك رهبة أثرت على الارادة فدفعتها إلى التعاقد ، مع مراعاة الظروف الشخصية للمتعاقد .

والأصل أن مجرد النفوذ الأدبى la crainte révérentielle الصادر عن أشخاص يدان لهم بالخضوع كالو الدين ، لا يكفى لتوليد الخوف الشديد المكون للاكراه . فالخوف من إيلام الوالدين أو عدم تقديم الاحترام اللازم لهما عن طريق مخالفتهما ، ليس من شأنه أن يولد الخوف أو التهديد بضرر جسيم وبمعنى آخر فان مجرد النفود الأدبى الذى من شأنه حمل الولد على الزواج حباً واحتراما لوالديه ، وحتى لا يكون سبباً فى إيلامهما أو إيلام من لهم عليه سلطان من أقاربه ، لا يكون بذاته وفى الوضع العادى للأمور ، خوفا أو تهديداً شديداً. ومع ذلك ، فانه يمكن أن يتولد عن النفود الأدبى إكراه ، إذا أدخلت فى الاعتبار ظروف خاصة ، كالتهديد أو سوء المعاملة أو اللجاجة المفرطة فى الرجاء

والترغيب التى تصاحب النفوذ الأدبى ، بحيث يكون الأمر فى البداية مجرد نفوذ أدبى ثم ينتهى إلى إكراه .

ولا جدال فى أن الإكراه لا يتولد إذا كان التهديد الذى يصاحب النفوذ الأدبى غير جدى ، وكان ضحية التهديد لا ينظر إليه نظرة جدية ؛ وهذه أمور يرجع فيها دائما إلى كل حالة على حدة . والمهم هو أنه لكى يكون هناك إكراه ، فانه يلزم ألا تكون إرادة الشخص متمتعة بكامل الحرية والاختيار [1] .

٢ ـ أن تنشأ الرهبة والخوف عن سبب خارجى (La crainte doit venir de l,extérieure) : فاذا تم الزواج تحت تأثير التهديد الصادر من نفس الشخص عن طريق تأنيب الضمير أو الخوف من عذاب الجحيم ، فلا توجد الرهبة التى يقصدها القانون الكنسى ، مع أن الرهبة فى مثل هذه الحالة قد تكون أشد تأثيراً على النفس من أية رهبة أخرى ، وخاصة لدى بعض الأشخاص . وهذا هو الشأن فيما يتعلق بأية رهبة تبعثها الأحداث الخارجية فى نفس الشخص ودون أن تساهم فى ذلك إرادة حرة لشخص آخر [2] .

---

(١) أنظر فى هذا : Fournere ، السابق ، ص ١٢٨ ـ ١٢٩ ، و De Smet ، السابق ، ص ٤١٤ ـ ٤١٥ ؛ ويقول فيليب جلاد ، السابق ص ٣٨٠ بالهامش « كذلك يبطل الزيجة خوف الضرر الثقيل الممكن حدوثه ، لأنه يزيل الاختيار الكامل » وأن « الخوف الخفيف ولو كان ظلما لا يبطل الزيجة لأنه لا يعدم من صاحبه قوة الاختيار » (هامش ص ٣٨١) .

(٢) فمن فقدت كل مؤازريها وكل مصادر ثروتها فى الحياة ، ما مصيرها لو لم تتزوج ! هى تتصور أنها تهرب من كل المخاطر التى تهددها إذا ما تزوجت . فالتهديد فى هذه الحالة صادر عن نفسها وليس عن إرادة غير إرادتها ، ومهما كانت الرهبة جسيمة ، لا تعتبر عيبا فى الرضا تخول لها الحق فى طلب إبطال الزواج الذى تعقده فى مثل تلك الظروف . وأنظر كذلك فيليب جلاد ص ٣٨١ بالهامش حيث يقول إنه « يلزم أن مصدر الخوف الثقيل يكون شخصى لا شىء أى علة طبيعية ، مثل من يتزوج فى ساعة الموت خوفا من القصاص الإلهى » .

٣ – أن تكون الرهبـة قد بعثت فى نفس المتعاقد **دون حق** (doit être injuste) : وينبغى فى هذا الشأن ألا يدخل فى الاعتبار إلا الرهبة التى أوحى بها بطريقة إيجابية (inspirée positivement) من إرادة حرة بقصد حمل المتعاقد على الزواج . فالرهبة التى تتولد لدى فتاة من غضب والدها، وما قد يترتب على ذلك من مضايقات ، دون أن يوحى الأب نفسه بهذه الرهبة بطريق إيجابى لا تدخل فى الاعتبار .

وتعتبر الرهبة دون حق إذا لم يكن لمن أوحى بها الحق فى تنفيذ تهديداته ، أو إذا كان من تولدت لديه الرهبة غير ملزم بالزواج من حيث الضمير (mariage en conscience) (كالتزام شخص إزاء فتاة اتصل بها جنسياً قبل الزواج) . فإذا كان لمن صدر منه الاكراه الحق فى إيقاع تهديداته ، تعتبر الرهبة بحق ، ولا تكون الاكراه ، حتى ولو كانت هناك مبالغة فى الطريقة التى يطلب بها الزواج أو التى تستعمل فى التهديد [1] .

وعلى ذلك تعتبر الرهبة بحق إذا أعطى الخيار لمن غرر بفتاة – وتحت التهديد بابلاغ القضاء – بين الزواج بها أو دفع مبلغ مناسب كمهر لها . أو إذا ما طلب من رجل أن يتزوج بفتاة غرر بها تحت تأثير الوعد بالزواج .

وتعتبر الرهبة بدون حق إذا ما طلب من رجل واقع أنثى برضاها ، أن يتزوجها ، وكان هذا الطلب إما مطلقا وإما مشروطاً (مع الخيار بين الزواج أو التزام آخر) [2] .

---

(١) ويقول فيليب جلاد إن « الخوف المنزل بعدل ولو كان ثقيلا لا يبطل الزيجة مثل الخوف من الحرم الكنائسى أو القصاص المنزل من القاضى عدلا » (السابق ص ٣٨١ هامش)

(٢) أنظر فى هذا : De Smet ، السابق ، ص ٤١٦ ، و Fourneret ، السابق ، ص ١٣٠ – ١٣١ .

٤ ـ أن يكون التهديد بقصد حمل المكره على الزواج : أى أنه ينبغى أن يكون التهديد بالخطر الجسيم الذى بعثه الغير فى نفس المتعاقد المكره دون حق بقصد حمل هـذا الأخير على الرضا بالزواج . ويعتبر أن الرضا قد انتزع عن طريق الرهبة والخوف ، إذا كان لا يمكن التخلص من الضرر المهدد به إلا بعقد الزواج .

هذه هى الشروط المستلزمة لقيام الاكراه فى الصورة التى أدخله القانون الكنسى فيها فى الاعتبار وجعل منه سببا للطعن فى الزواج على أساس عيب الاكراه . ومن استعراضنا لهذه الشروط يتبين لنا أن الرهبة التى تبعث فى نفس المتعاقد على درجات مختلفة ، منها ما يدخله القانون فى الاعتبار ومنها ماليس كذلك . والمهم فى هذا الصدد هو أن تتوافر فى الرهبة الشروط التى يتطلبها القانون الكنسى ، فاذا لم تتوافر هذه الشروط ، لا يؤدى الاكراه إلى بطلان الزواج ، حتى ولو كان سببا فى إبرام العقد [1] .

١٠٣ ـ الخطف (Le rapt) : ويعالج فقهاء القانون الكنسى الخطف بين الموانع المبطلة للزواج والتى تقوم على عيوب الرضا ، وذلك جريا على ما اتبعوه بالنسبة لعيوب الرضا الأخرى [2] . ولما كان الغرض من هذا المانع أيضا هو حماية الرضا نظراً لما يصاحبه من إكراه . فاننا سنعالجه فى إيجاز عقب دراستنا للاكراه ، نظراً للارتباط بينهما .

ولم تتعرض الطوائف الأرثوذكسية لهذا الموضوع ، ولهذا لا يعتبر الخطف

---

(١) أنظر المادة ٢/٧٨ من الارادة الرسولية ، ـ وكذلك Fourneret ، السابق ، ص ١٣٢ . ـ هذا ونرجىء الكلام عن حكم بطلان الزواج فى هذه الحالة وطبيعة هذا البطلان إلى ما بعد ، عند الكلام عن بطلان الزواج بصفة عامة .

(٢) أنظر فكرة تاريخية عن الخطف فى Fournerce ، السابق ، ص ٢٤٣ ومابليها .

فى ذاته مانعا من الزواج ولا عيبا فى الارادة ، إلا إذا صاحبه إكراه من شأنه أن يجعل رضا المخطوفة بالزواج معيبا غير صادر عن حرية واختيار ، وفى هذه الحالة تطبق الأحكام الخاصة بالاكراه على النحو السابق . وهذا ما يمكن القول به أيضا بالنسبة للانجيليين الذين لم يذكروا شيئا عن الخطف .

أما بالنسبة للطوائف الكاثوليكية ، فقد عالجت الارادة الرسولية للطوائف الشرقية هذا الموضوع فى باب الموانع المبطلة فى المادة ٦٤ منها[١] .

والمراد بالخطف أخذ المرأة جبراً عنها من مكان آمن إلى غيره ، حيث تبقى محبوسة تحت ولاية الخاطف بنية إبرام عقد الزواج[٢] . ويفرق بين نوعين من الخطف : الخطف بالاكراه (le rapt de violence) وهو الخطف بالمعنى الحقيقى ، والذى يتم ضد رغبة المرأة المخطوفة ، والخطف بالاغراء le rapt de séduction)) ، وهو الخطف الذى يتم برضا الفتاة نفسها ، وإنما يكون ذلك ضد رغبة والديها أو من كانت تحت سلطانه[٣] .

ويلزم لكى يدخل الخطف فى الاعتبار هنا أن تتوافر شروط معينة : فلابد أولا من أن تنتقل المرأة المخطوفة من مكان إلى آخر ؛ وأن يكون الباعث على خطفها قصد التزوج بها لاغير ؛ وأخيراً ينبغى أن يقع الخطف جبراً عن المرأة بغير رضاها .

١ ـ فيشترط أولا أن تنتقل المرأة المخطوفة من مكان إلى آخر : فاذا لم

---

(١) وهذا النص يقابل المادة ١٠٧٤ من القانون الكنسى الغربى .
(٢) المادة ١١٢ من القواعد الخاصة بالكاثوليك ، فيليب جلاد ، جزء ٥ ص ٣٨٦ .
(٣) De Smet ، السابق ، ص ٤١٩ ، فيليب جلاد ، السابق هامش ، ص ٣٨٦ ـ ٣٨٧ .

تنتقل من مكان إلى آخر لا يكون هناك خطف ، وقد يكون هنـاك حبس Séquestration ويكفى أن تنتقل إلى مكان آخر ، ولو غير بعيد ، بشرط أن يكون الانتقال من مكان أمين إلى آخر غير أمين بالنسبة لها .

وقد أثير الكلام حول مسألة حبس المرأة فقط مع الضغط على إرادتها ، هل يعتبر ذلك فى حكم الخطف ، طالما ظلت المرأة محبوسة عنوة تحت سلطان من حبسها . فالمرأة فى هذه الحالة لم تؤخذ بالقوة ، بل وجـدت — لسبب أو لآخر — فى مكان لاتستطيع الخروج منه ، ألايمكن القول فى هذه الحالة بأن هناك خطفا ، ولو أنه لم يحصل أخذ المرأة بالقوة ؟

تعرضت المادة ٦٤ من الإرادة الرسولية لحكم هذهالحالة فقررتفىوضوح أن هذا يعادل الخطف تماماً ، على أن يتم ذلك عنوة وبقصد التزوج ، وهذا مايتضح من النص ، إذ يقرر : « فيما يخص بطلان الزواج ، يعادل الخطف ضبط (la détention) المرأة عنوة ، أى إذا ضبط الرجل المرأة عنوة ، بقصـد الزواج فى المـكان الذى يقيم فيه أو الذى قصدته بحريتها » .

ولم يفصل النص السابق فى الحالة التى لايوجدفيهاإلا تدليس بدونإكراه ، وهو مايسمى بالخطف مع الاغراء (séduction) ، وهى الحالة التى تجتذب فيها فتاة تحت ادعاء كاذب إلى مكان ما ، كمنطقة بعيدة مثلا ، فتذهب إليها فى حرية وتوافق على الزواج . ويرجح فقهاء القانون الـكنسى فى هذه الحالة أن المانع لا يقوم . وعلى أية حال فان الامر محل شك ، وطالما أنالارادة لم تـكن محلا للتسلط من الرجل ، وتتمتع بحريتها ، فلا يمكن القول بالبطلان فى هـذه الحالة[١] .

---

(١) أنظر « شارل دوكليرك » ، السابق ، جزء ٢، ص ٣٤٤ .

وإذا تعلق الأمر بفتاة قاصر ، هربت بحريتهـا مع خاطفها ، لـكن رغم إرادة والديها أو القوام عليها ، وبدون علمهم ، ودون أن يكون هناك تمهيد سابق لزواج أو عقد خطبة بينها وبين من أخذها ، فهناك قرينة ضد حرية الرضا ويفترض قيام المانع من الزواج . ويرى البعض أن إقامة القاصر خارج سلطان والديها أو القوام عليها يمكن تشبيهه بالحبس[١] .

٢ ـ ويشترط ثانياً أن يكون الباعث على الخطف هو التزوج بالمخطوفة (dans le but de mariage) وعلى ذلك فانه لا يكفى مثلا أن يقع الخطف بقصد اغتصاب المرأة . ويقرر الفقهاء الـكنسيون فى هذا الصدد أنه فى كل حالة يوجدفيها خطف ، ينبغى أن يفترض أنه يتم بقصد الزواج . والقرينة هنا تقبل إثبات العكس .

وقد فرق البعض هنا بين خطف امرأة شريفة وخطف امرأة سيئة السلوك . والواقع أن نص الارادة الرسولية فى هذا الشأن لا يفرق بين الحالتـين ، فهو يتـكلم عن « الرجل الخاطف والمرأة المخطوفة بقصد التزوج منها » (مادة ١/٦٤) ولهذا فانه لا محل للتفرقة ، تمشيا مع ما جاء به النص فى هذا الصدد[٢] .

٣ — وينبغى أخيراً أن يقع الخطف جبراً عن المرأة وبغير رضاها : والخطف لا يقع إلا على امرأة فلا يكون هناك خطف إذا ما وقع من امرأة على رجل . ويقع الخطف على امرأة حتى ولو كانت سيئة السلوك أو حتى لو كانت مخطـوبة للخاطف ذاته . ويشترط أن يتم ذلك بغير رضاها ، أى أن تـكون المرأة مكرهة ، ويتم ذلك جبراً عنها .

---

(١) المرجع السابق فى الصفحة نفسها ، ــ وكذلك : De Smet ، السابق ص ٤٢٠ .

(٢) Fourneret ، السابق ، ص ٢٤٥ .

١٠٤ ـ **آثار الخطف** : إذا تم الخطف ، « فلا يمكن ـ طبقاً لنص المادة ٦٤/١ من الإرادة الرسولية ـ أن يقوم زواج بين الرجل الخاطف والمرأة المخطوفة بقصد التزوج منها ، مادامت فى حوزة الخاطف» . وهذا المانع من الزواج يكون بالنسبة للمحرض على الخطف بقصد تزوجه ، لا بالنسبة لشريكه إذا كان معه شريك .

ويظل المانع قائماً بين الخاطف والمخطوفة طالما بقيت المخطوفة تحت سلطة الخاطف ، ولو تزوجها برضاها وهى تحت سلطته . أى طالما بقيت فى حوزته . ولا يكفى أن تتمتع بالحركة والحرية فى نفس المكان الذى قادها إليه خاطفها .

وهذا المانع لا يزول إلا إذا توقفت أو انتهت الحالة التى نشأت عنه وذلك « إذ فصلت المرأة المخطوفة عن خاطفها ووضعت فى مكان أمين حر ، فرضيت بالزواج»[1] فالمانع يزول من الوقت الذى تفصل فيه المخطوفة عن خاطفها وتوضع فى مكان أمين حر . ومن جهة أخرى ، فانه يظل قائماً طالما بقيت المخطوفة تحت سلطة خاطفها حتى ولو رضيت فى حرية تامة بالزواج . ومن هنا يبدو لنا الفارق واضحا بين المانع المبطل المترتب على الخطف ، والمانع المبطل المترتب على الاكراه والرهبة . ففى حالة الخطف يظل المانع حتى مع وجود رضا حر ، وليس هذا هو الحال بالنسبة للاكراه والرهبة[2] .

---

(١) المادة ٦٤/٢ من الارادة الرسولية ، وانظر كذلك المادتين ١١٥ و ١١٦ من القواعد الخاصة بالكاثوليك ، فيليب جلاد ، السابق ، ص ٣٨٨ .

(٢) هذا وقد يثور التساؤل بالنسبة للخطف فيما يتعلق بالخطبة التى تعقد والمخطوبة تحت ولاية الخاطف . قد يقال إنها لا تصح بناء على أن الحرية شرط فى الخطبة كما فى الزواج . ولكن يرجح أنها تصح ، لأن الخطبة قابلة للفسخ ، ولذلك فان الحاجة إلى الحرية فى التعبير عن الارادة بالنسبة لها أقل منها بالنسبة للزواج (أنظر ، فيليب جلاد السابق ، ص ٣٨٧) . ومن ناحية أخرى فان النصوص الخاصة بالخطف لم تذكر إلا الزواج ، كما أن الحاجة إلى البطلان تثور فى ظل الزواج الذى يحتاج إلى حرية تامة فى التعبير عن الارادة ، لأنه رباط غير قابل للانحلال .

ويخضع بطلان الزواج فى حالة الخطف لنفس القواعد التى تسرى على البطلان بسبب الاكراه ، وسنعود إلى ذلك فيما بعد .

هذا ، ويراعى أخيراً أن قانون العقوبات ينص على أن « كل من خطف بالتحايل أو الاكراه أنثى يبلغ سنها أكثر من ست عشر سنة كاملة ، بنفسه أو بواسطة غيره ، يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن » ، أما « إذا تزوج الخاطف بمن خطفها زواجا شرعيا ، لايحكم عليه بعقوبة ما »[1] .

ثانيا : موانع الزواج

les empêchements de mariage

١٠٥ — موانع الزواج بصفة عامة وتقسيمها لدى الطوائف المختلفة :

رأينا فيما سبق أن للزواج شروطا موضوعية وأخرى شكلية . وقد تكلمنا عن الشرط الأول من الشروط الموضوعية وهو الرضا ، ونعالج فيما يلى الشرط الثانى وهو عدم وجود مانع من موانع الزواج . والموانع التى نص عليها القانون الكنسى متعددة ، وتختلف باختلاف المذاهب المسيحية ، وإن كانت أحكامها تكاد تتقارب فى المذاهب جميعها .

والمانع بصفة عامة هو كل ظرف أو سبيل من شأنه أن يجعل الزواج باطلا أو محرما . أو هو واقعة معينة تثور عقبة فى سبيل قيام الزواج[2] .

ويمكن تقسيم الموانع إلى موانع مؤبدة (Perpetuels) وموانع مؤقتة (temporaires) : فالموانع المؤبدة هى التى تكون مبنية على أسباب ثابتة لا تزول كالقرابة ، والموانع المؤقتة هى التى تكون مبنية على أسباب يمكن زوالها

---

(١) المادتان ٢٩٠ و ٢٩١ من قانون العقوبات .

(٢) أنظر فى تعريف الموانع De Smet ، السابق ص ٣٦٥ .

وبزوالها يصح الزواج ، كاختلاف الدين . وهذه الموانع الأخيرة تمنع من الزواج ما دامت موجودة ، ومتى زالت جاز التزويج [١] .

ومن جهة أخرى يمكن تقسيم الموانع إلى موانع مطلقة (absolus) وموانع نسبية (relatifs) : فالموانع المطلقة هى التى تمنع حصول الزواج بصفة عامة مطلقة ، أو هى الموانع التى يؤدى قيامها بالشخص إلى بطلان زواجه بأى شخص آخر ، وتجعل الزواج باطلا بأى شخص مهما كان ، وذلك كما إذا كان الشخص متزوجا فعلا بزواج سابق لا يزال قائما ، وكالزواج بشخص غير مسيحى . أما الموانع النسبية فهى التى لا تمنع الزواج إلا بالنسبة لأشخاص معينين بالذات ، أو هى التى تبطل الزواج بشخص معين ، كالقرابة .

وتنقسم الموانع من حيث الأثر القانونى إلى موانع محرمة prohibitifs وموانع مبطلة (dirimants) : فالموانع المحرمة أو المانعة من شأنها جعل الزواج حراما فقط ؛ فهى تنهى عنه . ولكن إذا حصل رغم النهى ، لا يعتبر باطلا وإن كان مكروها ؛ أى أن الزواج يعتبر صحيحا وإن كان حراما ديانة ، وذلك كالقرابة القانونية (Parenté légale) ، والمذاهب المختلطة ، والنذر البسيط (voeu simple) . أما الموانع المبطلة فهى تجعل العقد باطلا لا ينتج أى أثر ، ولا يلزم لذلك حكم من القاضى اللهم إلا فى الحالات التى يتم فيها التعاقد ، إذ يتعين على الطرفين أن يحصلا على حكم يتخلصان به نهائيا . ومن أمثلة الموانع المبطلة العجز الجنسى والزواج السابق واختلاف الدين .. [٢] .

---

(١) أنظر المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية للايغومانوس فيلوثاوس .

(٢) وقد نصت المادة ٤٩ من مختصر القواعد الأساسية للطوائف الكاثوليكية على أن « الموانع المانعة من شأنها جعل الزواج حراما فقط . وأما الموانع المبطلة فانها تجعل عقده باطلا وتمسه رأسا بحيث لا ينعقد أصلا ، وذلك لفقد أحد الشروط الأساسية اللازمة بالضرورة لانعقاده » (فيليب جلاد ، السابق ، جزء ٥ ص ٢٦٢) .

=

وتنقسم الموانع من حيث الاثبات إلى موانع عامة شائعة (Publics) وموانع مستترة (occultes) : والموانع العامة أو الشائعة هي التي يمكن الكشف عنها وإثباتها أمام القضاء ، والمستترة ما ليست كذلك . ويعتبر مانعا شائعا مثلا قرابة الدم الشرعية . أما قرابة الدم غير المشروعة فتعتبر مانعاً مستتراً [(١)].

وقد عالجت القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية المختلفة موانع الزواج ، ومعظم هذه الموانع مشترك بينها . أما بالنسبة للطوائف الأرثوذكسية ، فقد تكلم الأقباط عن موانع الزواج بسبب القرابة والمصاهرة والتبنى واختلاف الديانة أو المذهب ، وقيام زواج سابق ، وبسبب العدة لوفاة أو لفسخ الزواج ، والعجز الجنسى ، والجنون ، والأمراض الخطيرة أو المنفرة ، وبسبب التطليق لعلة الزنا أو قتل الزوج السابق [(٢)].

= ويرجع السر فى تقسيم الموانع إلى موانع محرمة وموانع مبطلة إلى أن الكنيسة كانت - فيما يتعلق ببعض الزيجات التى تم إبرامها - تقضى بالتفريق بين الزوجين فى بعض الحالات ، أو تفرض مجرد التوبة (Pènitence) فى حالات أخرى . ومن هنا ظهر فى العمل التفرقة بين بطلان الزواج وتحريمه ، أو بين ما سمى بالموانع المبطلة والموانع المحرمة .

« شارل دوكليرك » المرجع السابق ، جزء ٢ فقرة ٣٦٠ ص ٣٠٩ .

(١) « شارل دوكليرك » السابق ، فقرة ٣٦١ ص ٣٠٩ ، De Smet ، السابق ص ٣٦٧ — ٣٦٨ ، وانظر كذلك المادة ٢٧ من الارادة الرسولية للكاثوليك .

(٢) أنظر المادة ٢٠ وما بعدها و ٢١ وما بعدها من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ على التوالى .

ولا تختلف القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس كثيراً عن القواعد الخاصة بالأقباط فى هذا الشأن . وهى تقسم الموانع إلى موانع قطعية ، تمنع الزواج بوجه عام ، وهى ما أسميناها موانع مطلقة ، وموانع نسبية وهى التى تمنع الزواج بالنسبة لأشخاص معينين . وجاء تحت الموانع القطعية (المطلقة) الموانع التالية : (ا) قيام زواج سابق . (ب) وجود زواج ثالث سابقا . (ح) الشرطونية والانخراط فى سلك الرهبنة . (د) الزواج مع غير المسيحيين . (ﻫ) العدة للزوجة ومدتها عشرة شهور من فسخ الزواج السابق لوفاة أو طلاق . (و) الزنا =

أما بالنسبة للطوائف الكاثوليكية بصفة عامة فقد تكلمت المادة ٢٥ وما يليها من الإرادة الرسولية عن الموانع ، وهى تميز بين الموانع المحرمة والموانع المبطلة ، وكذلك بين الموانع الشائعة العامة والموانع المستترة . وقد بينت الإرادة الرسولية بعد ذلك أن السلطة الكنسية العليا هى التى تقرر متى يكون هناك منع أو بطلان للزواج ، وأن من حقها أن تقرر موانع أخرى ـ غير التى ذكرت فى الإرادة الرسولية ـ سواء كانت موانع محرمة أو موانع مبطلة . وتكلمت بعد ذلك عن الإعفاء أو التفسيح من الموانع والسلطات المختصة بذلك وحالاته .. ثم عالجت بعد ذلك الموانع ذاتها فى المواد ٤٨ وما يليها بعد أن قسمتها إلى موانع محرمة وموانع مبطلة كما رأينا . والموانع المحرمة هى : النذر البسيط ، والقرابة القانونية (الناشئة عن علاقة الوصاية أو التبنى) ، والمذهب المختلط . أما الموانع المبطلة فهى مانع السن ، والعجز الجنسى ، والزواج السابق ، واختلاف الدين ،

= بين مرتكبيه إذا كان هناك حكم صدر بشأنه وأثبته . أما الموانع النسبية فهى : القرابة ، سواء أكانت قرابة بالدم أو بالمصاهرة أو قرابة روحية أو بطريق التبنى (أنظر المواد ٢ ، ٣ ، ٤ من القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس) .

هذا ، وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة ٤ على أن للبطريرك فى المجمع حق الاعفاء ، فيصرح بالزواج عندما يكون من الزيجات التى لا يحرمها صريحا قانون مجمع من المجامع المسكونية . كما أضافت المادة ٥ أنه يصرح بزواج الارثوذكسى بمسيحى من غير مذهبه إذا توافرت شروط معينة ذكرها النص .

وبالنسبة للأرمن لا تخرج الموانع عما جاء لدى الاقباط ، فهناك مانع الزواج السابق ، والقرابة ، والتبنى واتحاد الديانة والمذهب والطائفة ، والعجز الجنسى ، والعدة (أنظر المادة ٥ وما بعدها) .

وبالنسبة **للسريان** تكلموا عن الموانع فى المادة ١١ وما بعدها ، ولا تخرج بصفة عامة عن باقى الأرثوذكس ، والموانع عندهم هى : السن والارتباط بزيجة أخرى ، والقرابة ، والطلاق بالنسبة للمرأة ، والعيوب الجسدية ، ومخالفة الايمان ، والعدة (للمرأة والرجل) . وهم يدخلون تحت القرابة أربعة أقسام : طبيعية ونسبية ووضعية وروحية .

والسلك الدينى ، والنذر الرسمى أو الاحتفالى ، والخطف(وقد سبق الكلام عنه بمناسبة الاكراه) ، والجريمة ، والقرابة بالدم أو المصاهرة ، ومانع الحشمة والآداب العامة ، والقرابة الروحية ، والقرابة القانونية [١] .

وأما بالنسبة للانجيليين ، فان الأحكام الخاصة بهم لم تعالج الموانع بالتفصيل الذى عالجتها به الطوائف الأخرى . وسنشير إلى الحالات التى نص عليها فى مناسباتها ، مع مراعاة إمكان تقريب الأحكام التى لم ينص عليها عندهم إلى القواعد الخاصة بالطوائف الأخرى .

ومما سبق يتبين لنا أن الموانع متعددة متنوعة ، وهى تكاد تتقارب فى القانون الكنسى بالنسبة للطوائف المختلفة . ولهذا فاننا سندرس موانع الزواج فيما يلى مع بيان أحكام كل منها بالنسبة للطوائف المختلفة وبيان ما هنالك من فوارق بقدر المستطاع . ويهمنا بوجه خاص فى صدد البحث فى شروط الزواج أن نتكلم عن الموانع المبطلة وحدها ، إذ أن الموانع المحرمة ـ كما رأينا ـ وهى التى تشير إليها الإرادة الرسولية ، لا تبطل الزواج ؛ فالزواج معها صحيح وإن كان حراما ديانة ، مع مراعاة أن من بين الطوائف ما يجعل منها موانع مبطلة .

وسنقسم الموانع المبطلة إلى طائفتين : ١ — موانع مبطلة مطلقة وهى التى تجعل الشخص غير أهل لإبرام الزواج مع أى شخص كان . ٢ — موانع مبطلة نسبية وهى التى من شأنها أن تجعل الشخص غير أهل للزواج من شخص معين أو من طائفة معينة من الأشخاص . مع مراعاة أن القول بأن الموانع مبطلة قد

---

(١) ويلاحظ أن الارادة الرسولية تكلمت عن القرابة القانونية قبل ذلك ضمن الموانع المحرمة فى المادة ٤٩ وعادت فتكلمت عنها مرة أخرى فى المادة ٧١ .

لا يكون عاماً لدى جميع الطوائف ، إذ منها ما يجعل المانع مبطلا فى بعض الأحيان ومنها مالا يجعله كذلك ، كما سنشير إلى ذلك فى حينه .

ويدخل تحت الطائفة الأولى من الموانع :

١ — مانع السن .   ٢ — الارتباط بزواج سابق .
٣ — العجز الجنسى والأمراض الأخرى الخطيرة أو المنفرة .
٤ — مانع الدرجات المقدسة .   ٥ — النذر .   ٦ — العدة .

ويدخل تحت الطائفة الثانية من الموانع : ١ ـ قرابة الدم . ٢ ـ المصاهرة
٣ — القرابة الروحية .   ٤ — القرابة القانونية الناشئة عن علاقة التبنى .
٥ — المصاهرة .   ٦ — الحشمة أو الآداب العامة . ٧ — الجريمة .
٨ — اختلاف الدين [١] .

---

(١) وقبل أن نتكلم عن الموانع المندرجة تحت هاتين الطائفتين ينبغى أن نشير ـ كما بينا من قبل ـ إلى أن فقهاء القانون الكنسى يعالجون عيوب الرضا ضمن الموانع المبطلة للزواج . وقد رأينا أن عيوب الرضا إنما تمس الارادة والتعبير عنها ، ولهذا فمجال التحدث عنها هو ركن الرضا فى الزواج ، إذ يشترط أن تكون الارادة حرة سليمة مما يعيبها . كما أن الفقهاء يعالجون الخطف مع الموانع المبطلة النسبية ، أى فى الطائفة الثانية مع الموانع السابق ذكرها . وقد رأينا كذلك أن هذا الموضوع يتصل بالاكراه كعيب فى الرضا ، ولهذا عالجناه ضمن عيوب الرضا بصفة عامة .

ويراعى أخيراً أن ما يسمى عند الطوائف الكاثوليكية بالموانع المحرمة قد اعتبرته بعض الطوائف الأخرى كالأقباط الأرثوذكس سببا لبطلان الزواج ، وسنشير إلى ذلك فى مناسباته.

الطائفة الأولى

الموانع المبطلة المطلقـــــة[١]

Les empêchements dirimants alsolus

١٠٦ - أولا مانع السن[٢] : L'empêchement de l'âge

الزواج مسئولية اجتماعية ؛ يرتب التزامات متبادلة على كل من الزوجين ، وتتميز هذه الالتزامات بأنها ذات طابع اجتماعي وأخلاقي على درجة كبيرة من الأهمية والخطورة . ومن أجل ذلك حدد القانون الكنسي للمذاهب المسيحية جميعها حداً أدنى للسن لا يصح الزواج قبل بلوغه . ذلك أن الزواج ما هو إلا عقد قبل كل شيء ؛ ويفترض تبعا لذلك الرضا بين الطرفين، وهذا يستلزم قدراً من التمييز والوعي .

ولما كان تحديد سن الزواج يقوم على اعتبارات اجتماعية بحته ؛ فانه يختلف دائما من جهة إلى أخرى ومن زمان إلى آخر . ولكن مهما اختلفت أحكام القانون الكنسي بالنسبة للطوائف المسيحية المتعددة ؛ إلا أن هناك عاملا هاما يدخل في الاعتبار بالنسبة للطوائف جميعها في تحديدها لسن الزواج ؛ هو أن هذا السن يتحدد عند مرحلة يكون فيها للشخص قدر . كاف من التمييز والعقل ولذلك تشترط جميعا أن يكون الشخص مميزاً ؛ فان كان مجنونا أو صبيا غير

---

(١) أنظر في هذا الموضوع De Smet ، السابق ص ٤٠٧ وما بعدها ، ـ Fourneret السابق ص ١٩١ وما بعدها ، « شارل دوكليرك » السابق ص ٣٣٥ وما بعدها ، دوفيلييه ، ودوكليرك الزواج في القانون الكنسي الشرقي ، السابق ، ص ١٥٨ وما بعدها .

(٢) ونحن نتكلم عن مانع السن بين موانع الزواج ، نظرا لأن الرضا قد يتوافر في بعض الأحيان ، متى بلغ الشخص ســن التمييز ، ولكن المانع يوجد مع ذلك ، بسبب السن نظراً لعدم بلوغ السن القانوني للزواج .

مميز ، لا يستطيع الزواج . فالرضا بالزواج ، وهو ركن لازم لقيامه ، يستلزم وجود التمييز .

وعند الاقباط الأرثوذكس لايجوز زواج الرجل قبل بلوغ ١٨ سنة ميلادية والمرأة قبل بلوغ ١٦ سنة ميلادية ، وقد أوردت الخلاصة القانونية عدم بلوغ السن ضمن موانع الزواج بين الأسباب التى يمكن زوالها[١] . وبزوالها يصح الزواج ؛ أى أنه من الموانع المؤقتة . ويرى صاحب الخلاصة القانونية أن هذا المانع يمنع الزواج من قبل ، لكنه لا يوجب فسخه إذا اتفق حصوله ، بحيث يكون من اقترنا قد اتفقا فيما بعد بلوغ سن الزواج . وما هذا فى الواقع إلا تصحيحا للزواج باتفاق الطرفين بعد البلوغ[٢] .

وعند الكاثوليك بصفة عامة يحدد سن الزواج بست عشرة سنة ميلادية

---

(١) والسن المحدد حسب ماورد فى الخلاصة القانونية هو ١٤ سنة للذكر و١٢ سنة للفتاة .
ولم تورد المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس السن ضمن موانع الزواج وشروطه . والجزاء على مخالفة هذا الحكم هو البطلان ، حتى ولو رضى به الزوجان وأذن به ولى القاصر . وللزوجين وكل ذى شأن حق الطعن فيه (أنظر المادتين ١٥ و ١٦ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ . وكذلك مادة ٤٠ من مجموعة ١٩٥٥ والمادتين ٤١ و ٤٢ من مجموعة ١٩٣٨) .

(٢) أنظر المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية . وهذا الاتفاق قد يكون ضمنيا متى بلغ الزوجان السن المناسب لاختلاطهما (انظر المسألة ٢٥ من الخلاصة ، وانظر فيما يلى رقم ١٣٥ بشأن تصحيح الزواج) . ثم انظر كذلك شفيق شحاته ، السابق ، جزء ٣ رقم ٢٥١ ص ٦٤ - ٦٦ .

ويراعى أن الحكم الخاص بالأقباط الأرثوذكس هونفس ماجاء بالنسبة للروم الأرثوذكس فيشترط لانشاء الزواج عندهم توافر الأهلية الخاصة بالسن ، ولكن سن المرأة عندهم أقل منه عند الأقباط ، إذ يتحدد بخمس عشرة سنة (انظر المادة الأولى من القواعد الخاصة بالزواج والطلاق عند الروم الأرثوذكس) . أما بالنسبة للسريان فيتحدد سن الزواج بـ ١٨ سنة للذكر و١٤ للأنثى . وقد نص عليه بين موانع الزواج (مادة ١٢ رابعا) ، وعند الأرمن يلزم بلوغ الرجل ١٨ سنة والأنثى ١٦ سنة (مادة ١) .

للرجل وأربع عشرة سنة للمرأة[1] . وقد كان هذا هو نفس السن الخاص بالإنجيليين ، إلا أنه قد رفع بقرار من المجلس الملى لانجيلى فى ١٠ ديسمبر ١٩٣٠ إلى ١٨ سنة كاملة للرجل و١٦ سنة للمرأة .

على أن بلوغ السن التى يتطلبها القانون الكنسى لازم لإنشاء الزواج ، حتى ولو كان الشخص قد بلغ قبل السن المطلوبة ، نظراً لقوة جسده ونموه وقدرته على التناسل وإدراكه ثقل قيد الزواج . وبمعنى آخر ، لا يكفى بلوغ الشخص أو نضجه قبل الأوان ، ولا يغنى ذلك عن انتظار بلوغ السن المطلوبة .

هذا بالنسبة للحد الأدنى للسن . لكن هل هناك حدا أقصى لا يجوز إبرام الزواج بعده ؟ لا يوجد فى القانون الكنسى بالنسبة للطوائف المختلفة نص فى هذا الشأن على ما نعلم . ولذلك فانه يجوز للرجل والمرأة أن يتزوجا مهما تقدم بهما السن ، إذا توافرت شروط الزواج الأخرى[2] .

أما عن مسألة انعدام التناسب فى السن بين الزوجين ، فاننا لا نعلم من بين

---

(١) المادة ٥٧ من الارادة الرسولية .

(٢) على أن بعض الكنائس الشرقية (الكنيسة الروسية) قد راعت منع الزواج بالنسبة للمرأة التى تجاوزت ٦٠ عاما . وتفرض كنيسة الصرب على الرجال الذين تجاوزوا ٦٠ عاما والنساء اللائى تجاوزن ٥٠ عاما أن يطلبوا من الخورية التصريح لهم بابرام الزواج (دوفيلييه ، ودوكليرك : الزواج فى القانون الكنسى الشرقى ، السابق ص ١٥٦) .

وفى الفقه الكنسى للأقباط الارثوذكس يرى ابن العسال منع زواج المرأة بعد الستين حيث يقول : « وأرملة من بعد سن الستين سنة من عمرها ترجم دفعة أخرى للتزويج فلتخرج كفاسقة » (ص ٣٠٤ من كتاب القوانين لابن العسال) . ويقول فى موضع آخر (ص ١٩٧ من المرجع نفسه) ضمن التزويج الممنوع « زيجة من مضى من عمرها ستون سنة » . وقد اعتبر البطريرك كيرلس بن لقلق مثل هذا الزواج مكروها (ص ٢٢ من ملحق ابن العسال والخاص بقوانين بن لقلق . وانظر أيضا دوفيلييه ، ودوكليرك ، السابق ص ١٦١) .

القواعد المختلفة فى القانون الكنسى ما يحرم الزواج لهذا السبب ، وإن كانت الخلاصة القانونية قد أوردت فى هذا الشأن أن على الكاهن أن يتحرى عند الخطبة عن تناسب السن بين الزوجين [١] .

كما يراعى أيضا أن القواعد الخاصة ببعض الطوائف تبيح للرئيس الدينى الاعفاء من قيد السن عن طريق مايسمى بالتفسيح من المانع (la dispense) [٢] .

على أنه مهما اختلفت القواعد الخاصة بتحديد سن الزواج لدى الطوائف المسيحية على النحو السابق والتى يصح الزواج ببلوغها ، فانه ينبغى أن ندخل فى الاعتبار ما جاء فى هذا الصدد بلائحة الموثقين المنتدبين والذى سبق لنا الإلماع إليه عند الكلام عن انعقاد الخطبة [٣] . وتقضى المادة ٢٨ من قرار وزارة العدل بلائحة الموثقين المنتدبين والمعمول به من أول يناير ١٩٥٦ بأنه «لايجوز توثيق عقد الزواج إذا كان سن الزوج أقل من ١٨ سنة وسن الزوجة أقل من ١٦ سنة ...» [٤] .

---

(١) أنظر المسألة ٢ من الخلاصة القانونية .

(٢) بالنسبة للتفسيح من موانع الزواج بصفـــة عامة ، أنظر مقالا للخورى باخوس الفغالى فى الرسالة المخلصية س ٢٣ الأعداد ٦ - ٧ (عدد خاص بالزواج المسيحى) ص ٥٧٩ وما بعدها وإذا ما زال المانع سواء بالتفسيح أو ببلوغ السن يتم تصحيح الزواج حسب القواعد المنصوص عليها بالنسبة للموانع العامة القانونية فى المواد ١٢٢ - ١٢٤ من الارادة الرسولية Galtier ، السابق ص ١٢٣ ، وانظر كذلك De Smet ، ص ٤٢٤ بالنسبة لتصحيح الزواج الباطل بسبب السن .

وتقرر المادة الثانية من القواعد الخاصة بالأرمن الارثوذكس حق الاعفاء للرئيس الدينى إذا توافرت أسباب خطيرة . كما أن المادة ١٢ (رابعا) من مجموعة السريان الارثوذكس تبيح مراعاة اختلاف المحيط والمناخ .

(٣) أنظر ما سبق ، فقرة ٨٤ .

(٤) أنظر كذلك الدكتور شفيق شحاته ، الجزء الثالث رقم ٢٩٧ ص ٩٣ .

١٠٧ ـ ثانيا : العجز الجنسى (L'impuissance) والأمراض الأخرى الخطيرة أو المنفرة :

(أ) العجز الجنسى وحالاته : العجز الجنسى هو نقص فى المقدرة الذاتية على الجماع الذى يصلح بذاته لإنجاب الأولاد ، سواء كان هذا النقص من جانب الرجل أم من جانب المرأة . وهو من الموانع الناشئة عن انعدام الأهلية الجسمية عند من يوجد لديه ، مما يستتبع اعتبار مثل هذا الشخص غير أهل لإنشاء علاقة زوجية صحيحة ، إذ هو يتعارض مع مضمون الزواج ؛ وهو أن كلا من الزوجين يعطى الآخر حقا على جسده ، ويقبل منه مثل هذا الحق ، وذلك بقصد التناسل .

والعجز الجنسى إما سابق على الزواج وإما لاحق له ، وذلك بحسب ما إذا كان موجوداً قبل العقد أو طرأ بعده[1] . وهو أيضا قد يكون عجزاً مطلقاً إذا كان من شأنه منع الاتصال بأى شخص آخر ، أيا كان ذلك الشخص ؛ أى أنه يقوم بالنسبة إلى كل الأشخاص من الجنس الآخر ، وقد يكون نسبيا إذا كان لا يتعلق إلا ببعض الأشخاص ، أى أنه لا يوجد إلا بالنسبة إلى شخص أو أشخاص معينين . ومعنى هذا أنه قد توجد حالة العجز الجنسى لدى شخص ما ، وذلك بسبب بروده الجنسى أو عدم تناسب عضو التناسل لديه بالنسبة لامرأة معينة ، دون أن يكون كذلك بالنسبة لامرأة أخرى . ومع ذلك فإن العجز الجنسى يدخل فى الاعتبار حتى ولو كان نسبيا ، طالما أنه عجز دائم . فطالما أن العجز دائم ، لا يهم بعد ذلك أن يكون دوامه مطلقا ، أى بالنسبة للنساء جميعا ، أو نسبيا ، أى مع الزوجة وحدها ؛ فقد يشفى الرجل من

---

(١) ويختلف الحكم بالنسبة لكل منهما . فالعجز السابق على الزواج يعتبر من الموانع المبطلة للزواج ، أما العجز اللاحق أو الطارىء بعد العقد فيختلف فيه الحكم لدى المذاهب المسيحية على ما سنرى فيما بعد .

العجز الجنسى السابق على الزواج بالنسبة للنساء الأخريات ؛ ولكنه لا يشفى منه بالنسبة لزوجته ، ولا يمنع ذلك أن يكون هذ العجز الدائم ، النسبى سببا فى بطلان الزواج[1] .

والعجز الجنسى قد يكون دائما وقد يكون مؤقتاً . فالعجز الدائم (perpétuelle) هو الذى لا يرجى زواله ولا يشفى منه ، أو يشفى منه لكن بوسائل غير عادية أو بوسائل خطرة غير مشروعة . أما العجز المؤقت فهو الذى يرجى زواله بمضى الزمن أو بوسائل عادية مشروعة لاخطر فيها. والواقع أنه فى هذه الحالة لا يوجد عجز جنسى بمعنى الكلمة[2] .

ومانع العجز الجنسى قد يقوم بالنسبة للمرأة أو بالنسبة للرجل على السواء . ويبدو بالنسبة للمرأة بصفة خاصة فى التقسيم الذى فرقنا فيه بين العجز المطلق والعجز النسبى. فقد تكون المرأة عاجزة عن الاتصال بأى رجل كان ، وحينئذ يكون العجز الجنسى مطلقا . وقد تكون غير قادرة على الاتصال بشخص معين أو بأشخاص معينين وحينئذ يكون العجز نسبياً .

ومن أمثلة العجز الجنسى من جانب الرجل: الجب والخصاء والعنة . والجب (L' absence de pénis) هو استئصال عضو التناسل . والخصاء (l'absence des testicules) هو نزع الخصيتين ، ويعتبر مانعاً إذا كان الشخص فاقد الخصيتين ، بخلاف ما إذا كانت له خصية واحدة ، أو كانت له خصيتان غير

---

(١) محكمة استئناف القاهرة فى ٣ - ٤ - ١٩٥٧ قضية رقم ١٥٨ سنة ٧٣ ق — أنظر الحكم فى رفعت خفاجى ورابح لطفى ، السابق ص ٢٢ .

(٢) أنظر أمثلة أشير إليها فى De Smet ، السابق ص ٤٢٨ فى الهامش رقم ٢ ، ٣ ، ٤ من الصفحة المذكورة .

ظاهرتين لاختفائهما فى جسمه[1].

أما العنة (anaphrodisie) فهى عجز الرجل عن الوصول إلى النساء . ومظهر هذه الحالة يكون بارتخاء فى عضو التناسل لدى الرجل مما يجعل الاتصال الجنسى بالمرأة مستحيلا. ويرجع ذلك الارتخاء عادة إلى ضعف الاعضاء التناسلية . وهذا الضعف قد يكون وراثياً ، كما قد ينشأ من اضطراب يصيب الغدد التناسلية. وهذه العنة هى ماتسمى بالعنة العضوية[2]. ومع ذلك فقد تتدخل عوامل أخرى فى إيجاد تلك الحالة ، أى أنه يترتب عليها كذلك أن يصبح الرجل غير قادر على الاتصال الجنسى . هذه العوامل الأخرى قد يكون مبعثها شعور بخوف أو رهبة خارجية ، أوقد تنبعث عن وساوس داخلية من الشخص نفسه ، وقد تنشأ هذه الحالة كذلك عن انعدام العاطفة أو الشعور بالكراهية نحو الزوجة[3]. وهذه العنة هى ماتسمى بالعنة النفسية . على أنه متى ثبت العجز الجنسى وتوافرت الشروط التى سنذكرها فيما بعد ، فلا يهم أن يكون ذلك العجز نتيجة عنة عضوية أو نتيجة بواعث نفسية . وقد قضى بأن « عدم وجود علامات مرضية ظاهرة لا تنفى وجود العنة ، فقد يكون لها بواعث نفسية لاتنم عنها أعراض خارجية[4] » . ولا يهم بعد ذلك ما إذا كانت حالة العنة مطلقة أو نسبية ،

---

(١) أنظر المرجع المشار إليه فى الهامش السابق ص ٤٢٦ والهامش رقم ٤ من الصفحة نفسها .

(٢) وصغرحجم قضيب الرجل لايدل على العنة (كلى الاسكندرية فى ١٢ مارس ١٩٥٧ رقم ١ لسنة ١٩٥٦) .

(٣) وكثيراً ما كانت هذه الحالة تنسب إلى السحر ، ولا تزال هذه العقيدة سائدة فى الريف وفى الأوساط غير المتحضرة حتى الآن .

(٤) استئناف القاهرة فى ١٩٥٦/٦/٦ ، القضية رقم ٢٦٨ س ٧٣ ق (الحكم خاص بأقباط أرثوذكس) ، وانظر كذلك : نقض المحكمة فى ١٩٥٧/٤/٣ القضية رقم ١٥٨ =

« فقد يشفى الرجل من العنة النفسية بالنسبة للنساء الأخريات ولكنه لا يشفى منها بالنسبة للزوجة ، ولا يمنع أن يكون هذا العجز الدائم النسبى سبباً فى بطلان الزواج »[١]. فاذا كانت العنة النفسية مؤقتة لا تدخل فى الاعتبار . وخاصة إذا كانت تستجيب للعلاج النفسى ، وكانت قابلة للشفاء [٢].

على أنه إذا كانت العنة النفسية تستجيب للعلاج النفسى فى بعض الحالات ، فإنه إذا ثبت أن الأمل فى شفائها ضعيف ، قام بالزوج ما يمنع الاجتماع المقصود بالزواج وهو عنته وعدم قدرته على معاشرة زوجته معاشرة جنسية ، ويكون طلب « التطليق » فى محله ، ويتعين إجابة الزوجة إلى طلبها[٣].

هذا بالنسبة للعنة . ويتصل بها حالة أخرى عكسية هى شدة التهيج الجنسى لدى الرجل (aphrodisie) مما يؤدى إلى إمنائه قبل التمكن من الاتصال بالمرأة على الوجه العادى[٤].

= س ٧٣ ق وفى ٢٩ – ٥ – ١٩٥٧ القضية رقم ٢٢١ س ٧٣ ق (والحكم الاخير بين روم كاثوليك) – وقد أشار إلى الاحكام السابقة خفاجى ورابح ، المرجع السابق ، ص ٢١ و ٢٢ و ٣٦ .

(١) الحكم الاخير المشار إليه فى الهامش السابق .

(٢) انظر استئناف القاهرة فى ٢٥/٦/١٩٥٨ – القضية رقم ٢٠٧ س ٧٤ ق (خفاجى ورابح ، السابق ، ص ٢٤) ، – كلى الاسكندرية فى ٢٨ – ٥ – ١٩٥٧ قضية رقم ٧٢ لسنة ١٩٥٦ (غير منشور) – والحكمان خاصان بأقباط أرثوذكس .

(٣) كلى الاسكندرية فى ٢٥ – ١ – ١٩٥٧ قضية رقم ٣ لسنة ١٩٥٦ (غير منشور – والحكم خاص بأقباط أرثوذكس) .

(٤) واذا كان يبين من الحكم اعتبار هذه الصورة من صور العجز الجنسى لدى الرجل ، فانه ينبغى ألا نخلط بينها وبين حالة أخرى مقاربة لها هى حالة سرعة القذف ، إذ فى هذه الحالة الاخيرة يتم الاتصال الجنسى بين الرجل والمرأة ولكن الرجل لايستطيع البقاء مدة طويلة مما يؤدى بالمرأة إلى التضرر نظرا لعدم اشباع غريزتها الجنسية . وقد قضى بأنه إذا ادعت =

أما عن العيوب الجنسية من جانب المرأة فهى الرتق والقرن . والرتق هو انسداد المحل عند المرأة . والقرن غدة فى المحل تمنع من الاختلاط الجنسى[1] .

١٠٨ ـ العجز الذى يعتبر مانعا ـ العقم ليس من العيوب الجنسية : على أن العجز الذى يعتبر مانعاً مبطلا للزواج هو العجز الجنسى الكامل ، أو انعدام المقدرة الجنسية انعداماً كاملا . ويجب فى هذا الصدد التفرقة بين حالتين : فقد يكون الشخص سليما من الناحية الجنسية تتوافر لديه كل المقومات اللازمة للاتصال الجنسى بالطرف الآخر ، كما تتوافر لديه كذلك كل المقومات اللازمة للتناسل بحيث تتحقق جميع الاهداف المقصودة من الزواج ، وهذه حالة أولى . أما الحالة الثانية فهى الحالة التى يكون الشخص فيها قادراً على الاتصال الجنسى العادى بالشخص الآخر ، لكنه على الرغم من ذلك غير أهل للتناسل وإنجاب الذرية . فهل يعتبر مثل هذا الشخص معيباً من الناحية الجنسية رغم قدرته على الاتصال العادى بالطرف الآخر ؟ وبمعنى آخر . هل يعتبر العقم عيباً من الناحية الجنسية تترتب عليه آثار العيوب الجنسية الأخرى .

يرجح فقهاء القانون الكنسى أن العجز الجنسى الذى يدخل فى الاعتبار إنما هو العجز الكامل الذى يكون بانعدام المقدرة الجنسية انعداما كاملا ، بحيث

= الزوجة على زوجها أنه سريع القذف ، فان هذه الحالة بفرض صحتها قابلة للشفاء ، ولا تبرر الطلاق (أنظر القاهرة الابتدائية فى ٢٣ - ١١ - ١٩٥٧ رقم ١٧٣ س ١٩٥٧ (والحكم خاص بأرمن أرثوذكس) ، وكذلك استئناف القاهرة فى ٢٥ - ٦ - ١٩٥٨ رقم ٢٠٧ س ٧٤ ق - (أقباط أرثوذكس) ـ والحكمان مشار إليهما فى خفاجى ورابح ، السابق ص ٢٧ و ٢٤ - وانظر فى العيوب الجنسية من جانب الرجل كذلك De Smet ، السابق ص ٤٢٦ و ٤٢٧ والهوامش .

(١) الأستاذ عمر عبد الله ، الاحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص ٢٧٢ — ٢٧٣ - وانظر أيضا De Smet السابق ص ٤٢٧ .

لا يستطيع أحد الطرفين الاتصال بالآخر على الوجه العادى . ونتيجة لذلك فلا يقوم المانع لدى من كان قادراً على الاتصال الجنسى الاتصال الذى ، من شأنه ، وفى حد ذاته ، يؤدى إلى التناسل ولو لم يؤد إلى ذلك . وبمعنى آخر ، متى كان الشخص قادراً على الاتصال الجنسى بالطرف الآخر اتصالا عادياً (normale)، لا يلزم أن يتحقق الهدف من مثل هذا الاتصال . فالزاج يعتبر مشروعا طالما أمكن الاتصال بين الطرفين ، لأن هذا الاتصال يتجه بطبيعته إلى الغرض المقصود منه . وهذا هو الركن الأساسى فى المشروعية ، إذ الواقع أنه لكى يكون العمل مشروعا ، فلا ينبغى أن يكون من المؤكد تحقيق أهد فه الخاصة ، وإنما يكفى أن يكون كذلك بطبيعته ، وأن يتجه إلى تحقيق هذا الهدف وعلى ذلك يكفى أن توجد لدى الشخص المقدرة على الاتصال الجنسى اتصالا عادياً بالطرف الآخر ، ولو لم يتحقق التناسل[1] .

وهذا ما قررته صراحة نصوص القانون الكنسى الخاصة ببعض الطوائف المسيحية . فالمادة ١١ من القواعد الخاصة بالارمن الارثوذكس تنص على أنه « لايجوز الزواج إذا كان أحد العاقدين مصاباً بمانع طبيعى أو عرضى يجعله غير صالح للقيام بواجباته الزوجية كالعنة والخنوثة والخصاء ، أما عقم الرجل أو المرأة فلا يجعل العقد باطلا » . وبالنسبة للطوائف الكاثوليكية بصفة عامة نجد أن المادة ٥٨ من الارادة الرسولية تقرر فى فقرتها الأخيرة أن « العقم (la stérilité) «لايبطل الزواج ولايحرمه »[2] وهذا مايفهم بالنسبة للطوائف

(١) أنظر فى هذا : De Smet ، السابق ، ص ٤٢٩ وما بعدها .

(٢) وقد جاء فى المادة ١١١ من القواعد الخاصة بالكاثوليك والتى جمعها فيليب جلاد (السابق ، جزء ٥ ص ٣٨٦) أنه « ليس العقم من قبيل العجز ، لان العقيم ليس بعاجز عن الجماع ، وبالتالى تصح زيجة الشيوخ الذين يقدرون على استعماله ، كما أنه يصح زواج الامرأة التى تقبل الزرع ولو لم تستطع ضبطه » .

الأخرى . وإذا كانت القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس لم تنص صراحة على العقم بل اكتفت بذكر الموانع التى تمنع من « الاتصال الجنسى » ، فمفهوم ذلك أنه طالما كان الاتصال الجنسى بين الطرفين ممكنا ، لا يهم ما إذا كان هذا الاتصال يؤدى إلى الغاية منه عن طريق التناسل أو كان الزوجان عقيمين [١].

والعقم قد يكون من جانب المرأة أو من جانب الرجل ، فقد يكونا قادرين على الاتصال الجنسى ولكن أحدهما أو كلاهما ينقصه عضو أو عنصر معين لازم للاخصاب ، وإن كان خارجا عن العملية الجنسية فى حد ذاتها . وعلى هذا يصح الزواج بامرأة حتى ولو استؤصل منها المبيض أو الرحم ، أو أصبح المبيض لديها عاجزاً عن الإخصاب رغم عدم استئصاله . وكذلك يصح زواج الرجل رغم تقدمه فى السن وإصابته بالعقم ، طالما أنه كان قادراً على الإمناء ولم يحصل هناك ارتخاء فى عضو التناسل لديه [٢] .

هذا ويتجه القضاء إلى عدم إدخال العقم — من جانب الزوج أو الزوجة — فى الاعتبار ، فلا يترتب عليه فصم الرابطة الزوجية لدى الطوائف المسيحية [٣].

---

(١) وهذا ما يفهم أيضا من القواعد الخاصة بالانجيليين . فطالما أن الذكر والانثى كانا كاملى الاعضاء والقوة كان الزواج صحيحا ، إذ تنص المادة ٨ من هذه القواعد على أنه « لا يكون الزواج صحيحا إلا إذا عقد بين ذكر وأنثى كاملى الأعضاء والقوة التى تؤهلها للزواج الفعلى ».

(٢) فى هذا المعنى : De Smet : السابق ، ص ٤٣١ ، — Galtier ، السابق ص ١٢٤ — ١٢٥ .

(٣) وقد جاء فى حكم لمحكمة استئناف القاهرة « إن القول بأن الزوجة عقيم على فرض صحته لا يؤدى إلى « التطليق » ، ذلك أنه لا خلاف فى المذاهب المسيحية جميعا أن عقم المرأة أو الرجل ليس سببا من أسباب بطلان الزواج . وقد نص فى بعض القوانين الكنسية =

١٠٩ – **حكم العجز الجنسى** : ولا يعتبر العجز الجنسى مانعاً يؤدى إلى بطلان الزواج فى القانون الكنسى لدى جميع الطوائف المسيحية ؛ ذلك أن بعض الكنائس لا تعتبره كذلك ، وإن كانت تجعل منه سبباً من أسباب التطليق ، كما سنرى .

فعند الأقباط والأرمن والسريان الأرثوذكس يعتبر العجز الجنسى من الموانع التى تؤدى إلى البطلان . فالزواج لا يجوز إذا كان لدى أحد طالبيه مانع يرجى زواله يمنعه من الاتصال الجنسى كالعنة والخنوثة والخصاء . وإذا تم

= على ذلك صراحة ولم ينص عليها البعض الآخر ، استناداً إلى أن أسباب التطليق محصورة ، الحكم فى ١٥ - ٥ - ١٩٥٧ قضية رقم ٢٦ س ٧٤ ق . وانظر نفس المحكمة فى ٢١ - ١١ - ١٩٥٦ رقم ١٣٧ س ٧٣ ق ، وفى ١٢ - ١٢ - ١٩٥٦ رقم ١٣٠ س ٧٣ ق ، وفى ١٣ - ٣ - ١٩٥٧ رقم ٦ س ٧٤ ق ، وفى ٢٥ - ٦ - ١٩٥٨ رقم ٢٠٧ س ٧٤ ق — وقد أشار إليها خفاجى ورابح ، السابق ص ١٣١ — ١٣٢ . وانظر أيضاً حكمين آخرين مشار إليهما فى المرجع نفسه ص ١٣٣ . وانظر كذلك استئناف القاهرة فى ٦ - ٥ - ١٩٥٦ رقم ١٣٩ س ٧٣ ق (صالح حنفى المرجع ، ط ١ ص ٢٨٧) ، وكذلك كلى الاسكندرية فى ١٧ - ٦ - ١٩٥٨ رقم ٣ لسنة ١٩٥٨ (غير منشور) .

وتتجه بعض الأحكام **إلى عكس الاتجاه** السابق وتجعل من العقم سنبا يبرر الطلاق . ففى حكم لمحكمة الزقازيق الكلية (فى ٨ - ١٢ - ١٩٥٦) قضية رقم ٣٣٤ لسنة ١٩٥٦) تقول المحكمة إنه « لما كان الغرض من الزواج حسبما ترمى إليه الشريعة المسيحية هو إنجاب الذرية بحيث تنتفى الحكمة منه إذا ما ثبت أنه لن يؤدى لهذه الغاية المرجوة ، وقد انقضى على الزواج هنا زهاء الأربعة عشر عاما دون إنجاب أطفال لعقم الزوجة ، فان فى ذلك مايدعو إلى الطلاق » — الحكم مشار إليه فى إهاب اسماعيل ، السابق ، ص ٢١٠ بالهامش . وهذا ما اتجهت إليه بعض أحكام المجالس الملية الشرعية من قبل (أنظر صالح حنفى ، المرجع ط ١ ص ١٨٩) . وهو أيضاً ما أيده البعض (أنظر إهاب اسماعيل ، السابق ، ص ٢١٠ - ٢١١) ومع ذلك فان هذا الرأى الأخير ليس هو السائد فى فقه القانون الكنسى ، كما قدمنا ، كما أنه ليس هو السائد قضاء .

العقد رغم ذلك كان باطلا [1] .

وهذا هو ما تقرر كذلك بالنسبة للانجيليين ، وإن كان النص عنـدهم لم يذكر أمثلة للعجز الجنسى ، بل جاء فى عبارة عامة [2] .

أما بالنسبة للـكاثوليك . فقد جاء نص المادة ٥٨ من الارادة الرسوليـة أكثر وضوحا وتحديداً للشروط المستلزمة فى العجز الجنسى الذى يعتبر من الموانع المبطلة للزواج ، إذ نصت على أن : « ١ ـ العجز السابق المؤبد ، سواء كان من طرف الرجل أم طرف المرأة ، وسواء كان الزوج الآخر عارفا به أم لا ، مطلقا كان هذا العجز أم نسبياً ، يبطل الزواج بحكم الحق الطبيعى نفسه Par le droit naturel lui - même ٢ ـ وإذا ارتيب فى مانع العجز سواء كان الريب (doute) من قبيل الحق ، (يقصد من حيث القانون : doute de droit) أو من قبل الواقع (de fait) ، فلا يمنعن الزواج » .

ونص الارادة الرسولية ، كما هو واضح ، لم يتعرض إلا لحـــالة العجز الجنسى . وقد قرر صراحة أنه فى حالة الشك فى وجـود العجز ، سواء كان

(١) وهذا ما نصت عليه المادة ٢٦ والمادة ٢٧ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ . وهو ما نصت عليه كذلك المادة ١١ من مجموعة الأرمن . وتنص المادة ١٢ خامسا من مجموعـة السريان على أن من الموانع « أن لايكون فيها عيوب جسدية كالأمراض السارية المانعة من الزيجة » . ويراعى أن المجموعات الحديثة إذا كانت تجعل العجز الجنسى القائم وقت الزواج من الموانع المبطلة له ، فان المجموعات الفقهية تجعل منه سببا للفسخ . وهى على ما يبدو لا تفرق بصورة واضحة بين البطلان والفسخ . أنظر بالنسبة لما جاء فى الشريعةالقبطية ومجموعاتها الفقهية شفيق شحاته الجزء الرابع رقم ٣١٦ وما بعده ص ١٦ وما بعدها . وانظر المراجع التىأشار إليها فى هامش ص ١٦ والتى تبين أن المجموعات الفقهية لا تفرق بين البطلان والفسخ .

(٢) وتنص المادة ٨ عنـــدهم على أنه : « لا يكون الزواج صحيحاً إلا إذا عقد بين ذكر وأنثى كاملى الأعضاء والقوة التى تؤهلها للزواج الفعلى » .

الشك من حيث القانون أم من حيث الواقع ، فإن المانع لا يقوم فى هذه الحالة ويغلب جانب الزواج على جانب المنع [١] .

هذا هو حكم العجز الجنسى لدى الطوائف المختلفة التى تجعل منه مانعا مبطلا للزواج . ولكن القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس جعلت من هذه الحالة سببا من أسباب التطليق ، إذا توافرت شروط معينة [٢] .

١١٠ — الشروط اللازمة للبطلان بسبب العجز الجنسى : ومن استعراضنا للقواعد السابقة الخاصة بالطوائف المختلفة يمكننا أن نتبين الشروط اللازم توافرها فى عدم المقدرة الجنسية حتى تعتبر مانعـــا مبطلا للزواج . فيلزم أن يكون العجز قائما وقت انعقاد الزواج ، كما يلزم أيضاً أن يكون دائما أو مؤبداً، وأن يكون بدرجة يتحقق معها الإضرار بالطرف الآخر إضراراً جسيما . ونفصل ذلك فيما يلى :

---

(١) والشك من حيث القانون يكون فى حالة عدم معرفة ما إذا كان استئصـــال بعض أعضاء الجهاز التناسلى مكونا لحالة عجز مؤبد أو مؤقت ، وهل استئصال المبيض أو الرحم عند المرأة ، أو انعدام الاتصال بين الفرج والرحم عندها ، يجعلها فى حالة عجز جنسى .

والشك من حيث الواقع يكون فى حالة التساؤل عما إذا كان الشفاء سهلا وميسورا ، وعما إذا كان استئصال الخصيتين كان تاما .. Galtier : المرجع السابق ، ص ١٢٤) .

(٢) فالمادة ١٢ من القواعد الخاصة بالزواج والطلاق عندهم تقرر أن « لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لعدم مقدرة الآخر على استيفاء فرض الزواج بالجماع ، اذا كانت هذه العلة موجودة حين عقد الزواج ، وكان يجهلها الطـــالب ، ودامت ثلاث سنوات من حين الزواج ، واستمرت الى وقت رفع الدعوى » .

« وللزوجة أن ترفع دعوى الطلاق ، ولو قبل الثلاث سنوات فى حالة ما تكون عنـــة الزوج مستمرة ، وغير قابلة للشفاء ، ومثبوتة بفحص طبى قانونى » .

فلكى يطبق النص السابق يلزم أن يكون عدم المقدرة الجنسى قائما وقت الزواج ومجهولا من الطرف الآخر . ويلزم كذلك أن تستمر هـــذه الحالة ثلاث سـنوات من تاريخ الزواج ، وأن تظل كذلك حتى رفع الدعوى . على أن انقضاء هذه المـدة غير لازم اذا ثبت بالفحص الطبى القانونى أن عنة الزوج مستمرة وغير قابلة للشفاء . — أنظر كذلك : شفيق شحاته ، جزء خامس رقم ٣١٤ ص ١٥ .

اولا : أن يكون العجز قائما وقت انعقاد الزواج : ويستفاد هذا الحكم من العبارات المختلفة للنصوص السابق الإشارة إليها [١] ، وهو ما أقره القضاء فى أحكامه التى صدرت فى صدد العجز الجنسى [٢] .

وعلى ذلك لكى يعتبر العجز الجنسى مانعا من موانع الزواج ويؤدى إلى بطلانه يتعين أن يكون سابقا ، أو على الأقل قائما وقت العقد [٣] .

لكن ما الحكم إذا لم تكن حالة العجز قائمة وموجودة وقت العقد ، ثم

---

(١) وهو ما يفهم أيضاً من الخلاصة القانونية (المسألة ١٧) ، اذ بعد أن بينت أمثلة لموانع العجز الجنسى والمرض ، قررت أن هذه هى « موانع الزيجة الثابتة التى اذا اتفق حصول الزواج مع وجود بعضها فالانعقاد يكون لاغيا مفسوخا لا يعول عليه » .

(٢) فقد قضى أن العجز الذى يؤدى إلى بطلان الزواج ، هو العجز السابق ، فاذا ثبت لدى المحكمة أن العجز سابق على الزواج ودائم ، كان سببا فى بطلان الزواج . وفى حكم آخر أجابت المحكمة الزوج إلى طلب البطلان بسبب العنة السابقة على الزواج ، وخاصة أنه قد مضى على الزواج أكثر من عامين لم يتصل الزوج بزوجته الاتصال الجنسى الطبيعى . وقضى كذلك بأنه « لما كانت العنة المنسوبة للزوج سابقة على عقد زواجه ، وكان من شروط صحة الزواج عدم وجود مانع من موانع الزواج ، فان قيامها ، ولاشك ، مبطل لهذا الزواج الذى كانت تجهل الزوجة إصابة زوجها به ، فهى فى حل من فسخ دون حاجة لأن يعطى للزوج أجل ليعالج أويشفى منه ، خصوصا وقد مضى على الزواج ما يزيد على السنتين » . والأحكام السابقة صادرة على التوالى من محكمة استئناف القاهرة فى ٣ - ٤ - ١٩٥٧ القضية رقم ١٥٨ س ٧٣ ق ، محكمة القاهرة الابتدائية فى ٢٩ - ١٢ - ١٩٥٧ رقم ٧٢٥ لسنة ١٩٥٧ (بين أقباط أرثوذكس) ، محكمة القاهرة الابتدائية فى ٢٥-١١-١٩٥٦ رقم ١٤٣١ سنة ١٩٥٦ (بين روم كاثوليك) . وقد أشار اليها رفعت خفاجى ورابح لطفى ، السابق ص ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٥ .

(٣) ولهذا يتعين أن نلفت النظر إلى أن الدعوى التى ترفع فى هذه الحالة انما هى طلب بطلان لا تطليق ، وان كان الكثير من أحكام المحاكم لا يراعى هذه التفرقة ، مع أن ما يترتب عليها من النتائج يعد على درجة كبيرة من الأهمية ، وخاصة بالنسبة للمذاهب التى لا تبيح التطليق ، لأنه اذا كان العجز طارئا فلن يترتب عليه فى تلك المذاهب إمكان التطليق اذا كان الزواج مكتملا . مع أنه يمكن طلب بطلانه اذا كان العجز سابقاً على الزواج .

طرأت بعد ذلك ، وأثناء قيام العلاقة الزوجية ؟ هنا يختلف الحكم فى القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية .

فعند الطوائف الأرثوذكسية يعتبر العجز الطارىء بعد الزواج سببا للتطليق ، إذ تنص المادة ٥٢ فقرة ٢ من مجموعة ١٩٥٥ على أنه « يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق إذا أصيب زوجها بمرض العنة وثبت أنه غير قابل للشفاء ، وكانت الزوجة فى سن يخشى عليها فيه من الفتنة ، ولم يكن قد مضى على الزواج خمس سنين »[1] .

وبالنسبة للانجيليين يمكن القول بأن العجز الطارىء لا يدخل فى الاعتبار

---

(١) ولعل ما ذكرته الخلاصة القانونية فى هذا الصدد كان أكثر توفيقا من نص المادة ٥٢ . فقد جاء فى المسألة ٢٥ (السبب السابع) أنه اذا حدث لأحدهما (الزوجين) بعد الزواج ما يمنع بواسطته الاجتماع المقصود بالزيجة من الموانع الشخصية الغير ممكن برؤها ، ورغب المعافى منهما فى الفرقة ، يجاب الى طلبه وتفسخ الزيجة ، وذلك بعد أن يمضى الزوجان معا ثلاث سنوات من تاريخ الإصابة بالمرض المانع ، ولم يتمكنا خلال هذه السنوات الثلاث من الاجتماع الزوجى التناسلى ، وبشرط أن يتحقق ذلك جليا . وانظر كذلك المادة ٧٢ من مجموعة **السريان** الأرثوذكس إذ تنص على أن العيوب التى توجب الفسخ سبعة : أربعة منها تمنع الجماع ، واثنان منها فى الرجال وهما الخثونة والقطع ، واثنان فى النساء وهما الانطباق السدة ..

ولا يختلف الحكم فى هذه الحالة بالنسبة **للارمن** الأرثوذكس ، مع مراعاة أنه وإن كانت قواعدهم لم تحدد مدة معينة إلا أنه يمكن أن يحكم بالتطليق إذا تبين أن الشفاة مستحيل .

أما بالنسبة **للروم** الأرثوذكس ، فانه إذا كانت القواعد الخاصة بهم قد تكلمت فى المادة ١٢ عن العجز الجنسى الموجود حين العقد ، وجعلت منه سببا للطلاق ، كما بينا . فانها لم تتعرض لحكم العجزء الطارىء . ولكن إذا كان العجز الطارىء لا يدخل فى نطاق المادة ١٢ سالفة الذكر ، إلا أن من الممكن فى هذا الشأن الاستناد إلى النص الواسع المرن الذى أدخل فى التعديل الصادر فى ١١ فبراير سنة ١٩٥٠ باضافة المادة ١٤ مكررة والتى تنص على أنه : « يجوز لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق فيما إذا نشب بسبب الآخر تصدع جسيم على آصرة الزواج ، يجعل استمرار الحياة الزوجية أو العودة اليها غير محتملة ومستحيلة على طالب الطلاق » . وهذا التعديل مستمد من نص المادة ١٤٤٢ من القانون المدنى اليونانى .

ولا يعتبر سببا للتطبيق ؛ ذلك أن التطليق عندهم لا يجوز إلا فى حالتين فقط هما حالة الزنا وحالة اعتناق ديانة أخرى غير الديانة المسيحية [١] . كما أنه لا يفهم من صيغة المادة ٨ من القواعد الخاصة بهم والتى تقرر بطلان الزواج بسبب العجز الجنسى وتنص على أنه لا يكون صحيحاً ، لا يفهم منها أنها تمتد إلى حالات العجز الجنسى الطارىء بعد الزواج .

أما بالنسبة للطوائف الكاثوليكية ، فقد اكتفت الإرادة الرسولية بالنص على بطلان الزواج « فى حالة العجز السابق » ، فلا يمكن إنهاء الزواج عندهم بسبب العجز اللاحق . ولكن الزواج الذى لا تحل رابطته على هذا النحو هو الزواج المقرر المكتمل فقط ، أى الزواج الذى يستوفى فيه الجماع ، والذى تم صحيحاً بتوافر شروطه وبعدم قيام مانع من الموانع بشأنه . أما إذا كان الزواج غير مكتمل . أى لم تقع فيه مخالطة جسدية ، وكانت هناك علة قوية توجب التفسيح منه ، فانه يمكن نقضه فى هذه الحالة [٢] . ولهذا فانه يمكن أن يعتبر العجز الجنسى الطارىء بعد تبادل الرضا وقبل المخالطة الجسدية سببا قويا يوجب انحلال الرابطة الزوجية [٣] .

ثانيا : ويشترط ثانيا أن يكون العجز دائما أومؤبداً (perpetuelle) : والعجز فى هذه الحالة لا يرجى زواله ولا يمكن البرء منه بطرق طبيعية مشروعة ولو كانت بعمليات جراحية إلا أنها تؤدى إلى خطر الموت . فاذا كان العجز

---

(١) أنظر المادة ١٨ من القواعد الخاصة بالانجيليين .

(٢) أنظر مختصر القواعد بالنسبة للكاثوليك ، فيليب جلاد ، السابق ، المواد ٣٢ و ٣٠، و١٠٨ ، وانظر أيضا المادة ١٠٨ من الارادة الرسولية .

(٣) أنظر فى هذا : « شارل دوكليرك » السابق ، جزء ٢ ، ص ٣٣٦ فقرة ١٢٩١ ، Galtier ، السابق ص ٣١٥ .

قابلا للشفاء بطرق سهلة مشروعة ليست خطرة ، فهو عجز مؤقت يرجى زواله ، وبالتالى يعتبر غير ذى أثر ، فلا يكون سببا لبطلان الزواج [١] .

وتحديد ما إذا كان المانع مؤبدا لا يرجى زواله ، يرجع فيه إلى أهل الخبرة ، وللقاضى أن يستنير برأيهم فى ذلك . ولا توجد هنالك مدة محدودة يمكن القول فيها بأن العجز يعتبر مؤبدا أو دائما إذا تجاوزها ، بل يترك تقدير ذلك لأهل الخبرة [٢] .

---

(١) أنظر أمثلة لذلك أشار إليها De Smet ، المرجع السابق ص ٤٢٨ هامش ٣٢٣ ، ٤ ويمكن القول بأنه إذا كان عدم المقـدرة الجنسية مما يمكن تلافيه عن طريق عملية جراحية ليست ذات خطر ، كما هو الحال فى حالة ضيق فتحة الرحم عند المرأة ، وهى عملية تتم بدون خطورة عليها ، فلا يقال إن المانع مؤبد فى هـذه الحالة . ومع ذلك فان الزوجة فى هذه الحالة لا تكون ملزمة باجراء هذه العملية .

(٢) ومع ذلك فقد رأينا أن القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس تستلزم استمرار العلة ثلاث سنوات من وقت الزواج حتى يقضى بالطلاق ، هذا ما لم يثبت بالفحص الطبى القانونى أن عنة الزوج مستمرة غير قابلة للشفاء ، إذ يكون للزوجـة رفع دعوى الطلاق ، ولو قبل فوات الثلاث سنوات (المادة ١٢) .

ويبدو أن أحكام المحاكم لا تتقيد فى هذا الصدد بمدة معينة لاعتبار العجز دائما . ففى بعض الأحكام قدرت المحكمة أن بقاء الزوجة مع زوجها لمدة أربعة شهور مثلا بعد الزواج كاف . وفى البعض الآخر أجابت الزوجة إلى طلب البطلان مع توافر شروط العجز الجنسى وخاصة أنه « قد مضى على الزواج أكثر من عامين لم يتصل الزوج بزوجته الاتصال الجنسى الطبيعى » ، أنظر الأحكام المشار إليها فيما سـبق فى بداية هذا البند تحت الشرط الأول والصادرة من استئناف القاهرة فى ٣ / ٤ / ١٩٥٧ ، والقاهرة الابتدائية فى ٢٩ ـ ١٢ ـ ١٩٥٧ ، قضية رقم ٧٢٥ سنة ١٩٥٧ وكذلك فى ١٥ ـ ١١ ـ ١٩٥٦ قضية رقم ١٤٣١ سنة ١٩٥٦ .

وقد اعتبرت المحاكم أن سرعة القذف حالة قابلة للعلاج (القاهرة الابتدائية فى ٢٣ ـ ١ ـ ٥٧ رقم ١٧٣ س ١٩٥٧ خفاجى ورابح ص ٢٧) ، فهى من العوارض المؤقتة التى تزول أسبابها (استئناف القاهرة فى ٢٥ ـ ٦ ـ ٥٨ رقم ٢٠٧ س ٧٤ ق ، خفاجى ورابح ص ٢٤) . وقد جاء فى الحكم الأخير أن العنة النفسية المؤقتة تزول بالعلاج كذلك .

ثالثا : ويشترط أخيراً أن يكون العجز بدرجة يتحقق معها الإضرار الجسيم بالطرف الآخر ، فاذا لم يكن من شأنه إلحاق الضرر بالطرف الآخر على هذا الوجه فلا أثر له ، ولا يؤدى إلى بطلان الزواج . وهذا أمر يترك تقديره للقضاء [١] .

هذه هى الشروط التى تستلزم لقيام حالة العجز الجنسى . فاذا توافرت فلا يهم بعد ذلك كون العجز مطلقا أم نسبيا ، وكل ما هنالك أنه فى الحالة الأولى يعتبر العجز مانعا مبطلا لكل زواج أيا كان ، أما فى الحالة الثانية فان المانع لا يقوم إلا لدى من وجدت به حالة العجز بالنسبة إلى الشخص الآخر فقط . كما لا يهم كذلك أن يكون عدم المقدرة الجنسية معروفا أو غير معروف من الطرف الآخر [٢] .

---

(١) وعلى ذلك فليس للزوجة مثلا طلب الفرقة بسبب العجز الجنسى إذا كان الزوج سريع الإمناء ، طالما كانت هناك الفرصة لاشباع غريزتها باتصاله بها أكثر من مرة .

وكذلك فى حالة ما إذا كان عضو التناسل لدى الرجل لا يتناسب مع الفتحة عند المرأة لضخامته ، فليس لها أن تتضرر طالما أن الزوج يمكنها من اشباع غريزتها بالايلاج الجزئى . والأمر كذلك فى الصورة العكسية التى يكون فيها عضو التناسل عند الرجل صغيرا طالما أنه يمكنه من الوصول إلى المرأة . وقد قضى بأن « صغر حجم قضيب الرجل لا يدل على العنة » (أنظر محكمة الاسكندرية الكلية للأحوال الشخصية فى ١٢ مارس ١٩٥٧ قضية رقم ١ لسنة ١٩٥٦ - غير منشور ، والحكم خاص بيهود) .

(٢) المادة ٥٨ من الارادة الرسولية . بل إن القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس تبيح طلب البطلان فى هذه الحالة حتى ولو رضى به الزوجان (مادة ٤٠ من مجموعة ١٩٥٥) . أما بالنسبة للروم الأرثوذكس فان المادة ١٢ من القواعد الخاصة بهم تشترط لطلب التطليق للعجز الجنسى أن يجهل الطالب وجود العلة وقت الزواج . ومفهوم ذلك أنه إذا كان يعلمها فليس له طلب التطليق ، إذ أن هذا قد يحمل على أنه رضاء بالطرف الآخر على علته . ومع ذلك فان الرضا بالزواج مع العلم بحالة الطرف الآخر قد يتم على أمل احتمال شفائه فى المستقبل ، فاذا لم يتم الشفاء كان للمتضرر أن يستند إلى نص المادة ١٤ مكرر الذى أضيف سنة ١٩٥٠ كما قدمنا .

١١١ – اثبات العجز الجنسى : – لكى يعتبر العجز الجنسى مانعا مبطلا للزواج لا بد أن يثبت أنه كان قائما وقت انعقاد الزواج ، وأنه عجز دائم مؤبد يؤدى إلى الاضرار الجسيم بالطرف الآخر . ويقع على الزوج الذى يدعى قيام العجز الجنسى لدى الطرف الآخر عبء إثباته . ولكن الاثبات قد يكون عسيراً ولهذا فانه يرجع فى تقرير وجوده أو انتفائه إلى أهل الخبرة عن طريق الفحص الطبى . وتختلف هذه الوسيلة للكشف عن العجز الجنسى باختلاف ما إذا كان سبب العجز عضويا أو كان مبعثه أموراً نفسية .

وقد يكون الأمر ميسوراً بالنسبة للفرض الأول ، إذ من الممكن الوقوف على حالة أحد الزوجين عن طريق الفحص الطبى . ويعتبر الكشف الطبى فى هذه الحالة قاطعا فى ثبوت العجز الجنسى ، وبخاصة إذا كانت هناك علامات يمكن الكشف عنها وتبينها ، أى إذا كان عدم الكفاءة الجنسية يرجع إلى أسباب عضوية أو مرضية .

ولكن عدم وجود علامات مرضية ظاهرة لا ينفى وجود العجز الجنسى ، فقد يكون مبعثه عوامل نفسية لا تنم عنها أعراض خارجية وهذا ما يسمونه بالعنة الابتدائية ، وهنا تثور الصعوبة فى الوصول إلى ما إذا كان هناك عجز جنسى أم لا ، إذ لا يمكن الجزم طبيا بوجوده ، وبالتالى يصعب إقامة الدليل عليه فى هذه الحالة .

ولهذا يمكن الاستنارة فى هذا الصدد بالظروف المحيطة للإبانة عن انعدام الكفاءة الجنسية . فقد يستعان على الكشف عن حالة العجز لدى الزوج مثلا ببقاء الزوجة بكرا [1] .

(١) فاذا أدعت الزوجة أن زوجها مصاب بالعنة وأنها لا تزال بكرا ؟ فأحالتها المحكمة =

على أن مسألة البكارة لا ينبغى أن تؤخذ دليلا قاطعا ، إذ ليس بقاء غشاء البكارة أو إزالته دليلا على العجز الجنسى أو عـــدمه لدى الزوج . فقد يرجع بقاء غشاء البكارة سليما إلى أسباب أخرى كامتناع الزوجة مثلا عن الاتصال الجنسى بالزوج[1] ، كما قد يكون بقاؤه لأسباب أخرى حتى ولو واقعها الزوج ، فقد يكون الغشاء هلاليا أو يتمدد فلا يفض بالمباشرة الجنسية. ومن جهة أخرى فليست إزالة الغشاء دليلا على المباشرة الجنسية ، فقـد يزال الغشاء لأسباب أخرى غير الجماع كعملية جراحية مثلا أو باليد ... وعلى ذلك فاذا كان يمكن اعتبار بقاء غشاء البكارة سليما لدى الزوجة قرينة على عنة الزوج ، إلا أنها قرينة تقبل إثبات العكس .

وقد يستعان على الـكشف عن انعدام الـكفاءة الجنسية كذلك عن طريق

= إلى الـكشف الطبى » وأثبت التقرير أن الزوجة لا تزال بكرا وغشاء بكارتها سليم وليس به أى أثر لحصـول إيلاج ، كما جاء بالتقرير أن الزوج لم يذهب للطبيب الشرعى لتوقيع الـكشف عليه رغم طلبه للحضور ، وأن ثبوت احتفاظ المدعية بكارتها مع امتناع المدعى عليه عن التوجه إلى الطبيب المنتدب لتوقيع الـكشف عليه رغم طلبه للحضور دليل على صحة ما نسبته الزوجة ... » . (القاهرة الابتدائية فى ٢٩ - ١٢ - ١٩٥٧ قضية رقم ٧٢٥ س ١٩٥٧ وقضى أيضا بأنه إذا كانت « المحكمة إزاء حالة تثبت فيها بكارة الزوجة بالرغم من إقامتها مع زوجها تسعة أشهر باعترافه دون أن يحصل فيها أى اجتماع جنسى ، والأدلة التى يقدمها الزوج على امتناع زوجته عنه لا يكاد يستسيغها أى عقل ، فالأمر لا يعدو أن يكون بسبب عنة ترجع إلى الزوج » . (القاهرة الابتدائية فى ٢٥ / ١١ / ١٩٥٦ قضية رقم ٤٣١ سنة ١٩٥٦) .

(١) أنظر حكما من محكمة استئناف الاسـكندرية (بين مسلمين - غير منشور) فى نوفمبر ١٩٥٩ مقيد بالجدول العمومى رقم ٣ سنة ١٩٥٩ شرعى ، وقد تبين للمحكمة أن بقاء البكارة كان بسبب امتناع الزوجة عن زوجها وعدم تمكينه منها ، ولهذا لم تجبها إلى طلب « التطليق » لعنة الزوج ، وخاصة أنه قد ثبت للمحكمة أن الزوج مكتمل الرجولة بما قرره الطبيب الشرعى بعد الـكشف عليه من عدم وجود موانع تمنع انتصابه ومباشرته العملية الجنسية ... » .

آخر وهو الحمل أو عدمه ، مع مراعاة أن انعدام الحمل وإن كان يؤخذ قرينة على عنة الزوج إلا أنه ينبغى الحذر أيضا فى هذا الصدد[١].

وينبغى ألا يحمل سكوت الزوجين مدة طويلة عن إثارة انعدام المقدرة الجنسية لدى أحدهما دليلا على توافرها . فقد يكون ذلك السكوت على أمل زوالها ، وخاصة أن كلا منهما يحرص فى الشهور الأولى من الحياة الزوجية على الابقاء على هذا الرباط الذى قبلاه طواعية واختيارا ، فلا يتحللان منه إلا لسبب جوهرى ، ولا بد من التأكد على وجه اليقين من قيام هذا السبب ، وربما ينتظران لذلك زمنا قد يطول .

ولا يكفى الادعاء بوجود حالة العجز الجنسى ، بل لابد من إثبات ذلك على نحو قاطع ، فاذا ادعت الزوجة قيام العنة لدى الزوج ، إلا أنه تبين من المناقشة وتقرير الطبيب الشرعى أن الزوج قد نفى إصابته بالعنة وأن الطبيب أثبت خلوه من أى مرض عضوى يمنعه من أداء واجباته الجنسية ، فان العجز الجنسى لا يتوافر ، خاصه أنه وإن كان الطبيب قد أشار إلى احتمال إصابة أى شخص بعنة نفسية إلا أنه لم يجزم بوجودها لدى الزوج ، وأن الأوراق خالية من أى دليل على صحة هذا الافتراض عند الزوج ، فضلا عن أن ما ذكرته الزوجة المدعية بمحضر المناقشة من أن المدعى قد فض بكارتها بقضيبه يتعارض مع ادعائها باصابته بالعنة[٢] .

---

(١) وقد قضى بأن « استناد الزوجة إلى عدم الحمل واتخاذها منه قرينة على العنة النفسانية يسمح بالاحالة إلى التحقيق ، هذا الاستناد فى غير محله ، لأن عدم انجاب النسل ليس قرينة على العنة حتى يكون سببا لاحالة الدعوى إلى التحقيق . . . » . (استئناف القاهرة فى ١٩٥٨/٦/٢٥ قضية رقم ٢٠٧ س ٧٤ ق) .

(٢) القاهرة الابتدائية فى ٢٣-١١-١٩٥٧ قضية رقم ١٧٢ سنة ١٩٥٣ .

وخلاصة القول فى هذا الشأن أنه إذا كان من الميسور إثبات العجز الجنسى الناشىء عن أسباب عضوية عن طريق الفحص الطبى ، فان ذلك يصعب فى حالة العجز الناشىء عن أسباب نفسية ، ولهذا يلجأ فى إثبات العجز الجنسى بشأن هذه الحالة الأخيرة إلى الظروف المحيطة . والأمر متروك لتقدير القضاء . والواقع أنه فى هذه الحالة ينبغى على القاضى التريث والحيطة ، خاصة وأن الأسباب النفسية التى تؤدى إلى انعدام الكفاءة الجنسية قد تزول عن طريق العلاج النفسى[1] ، إلى أن يتأكد لدى القاضى أن العجز لن يرجى زواله ، أى إلى أن تتوافر فيه صفة الدوام ، كما بينا فى كلامنا عن شروط قيام هذا المانع[2] .

هذا ويراعى أنه لا ينبغى أن يؤخذ فى صدد إثبات العنة بإقرار أحد الزوجين ، حتى ولو كان الإقرار من المريض نفسه ، لأنه قد يدعى المرض رغبة فى التخلص من الحياة الزوجية[3] .

١١٢ — (ب) **الجنون والأمراض الأخرى الخطيرة أو المنفرة** : يعالج فقهاء القانون الكنسى الجنون والأمراض الأخرى الخطيرة أو المنفرة بصفة عامة ضمن الموانع الشخصية مع أمراض العجز الجنسى . ونعرض هنا لتلك الأمراض

---

(١) أنظر رفعت خفاجى — وراجع لطفى السابق ص ٢١ بالهامش .

(٢) ويحسن فى هذا الصدد الاستنارة بما تقرره الشريعة الاسلامية من أن القاضى لا يحكم بالتفريق مباشرة وإنما ينظر مدة للتحقق من ثبوت العجز ، وقد قدرت المدة هنا سنة لأن فيها الفصول الأربعة على أمل أن الزوج يستطيع قربان زوجته فى فصل منها دون غيره (أنظر فى هذا : عمر عبد الله ، السابق ، ٣٧٦-٣٧٧-محمد أبو زهرة . الأحوال الشخصية ، قسم الزواج ، سنة ١٩٥٠ ص ٣٥٥) .

(٣) فقد يدعى الزوج مثلا أنه مصاب بعجز جنسى ، فلا ينبغى أن يؤخذ بادعائه وخاصة إذا كان لايوجد فى أوراق الدعوى ما يؤيده ، وقد نفته الزوجة وهى التى من حقها أن تتضرر من ذلك العجز لو صح قيامه (استئناف القاهرة فى ١٩٥٧/٤/١٧ ، قضية رقم ١٩ ٣ س ٧٣ ق) .

باعتبارها ضمن موانع الزواج ، أما باعتبارها سبباً من أسباب الطلاق فهذا موضوع آخر سنعرض له فيما بعد . فما هو حكم تلك الأمراض باعتبارها من موانع الزواج لدى الطوائف المسيحية المختلفة ؟ يجدر أن نشير أولا إلى أن بعض القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة هى التى تجعل من تلك الأمراض مانعا من الزواج .

فبالنسبة للطوائف الأرثوذكسية نجد أن الاقباط يعتبرون الجنون مانعا من موانع الزواج يترتب عليه البطلان . ومن الواضح أن الجنون الذى يعتبر من موانع الزواج هو الذى يكون قائما وقت العقد . والواقع أنه لم يكن هناك داع للنص على اعتبار الجنون مانعا من الزواج ، لأن فى استلزام توافر الرضا والتمييز لدى كل من طرفى عقد الزواج ما يغنى عن الكلام عن الجنون باعتباره مانعا من موانع الزواج ؛ فالمجنون فاقد التمييز معدوم الارادة وبالتالى لا يمكنه أن يعقد زواجا صحيحا كما بينا من قبل[1] ، وبالتالى يمكن إعمال حكمه على هذا النحو بالنسبة لجميع الطوائف الأرثوذكسية الأخرى .

ومع ذلك فان الطوائف الأرثوذكسية تتكلم عن الجنون وتجعله سببا يخول كلا من الزوجين أن يطلب التطليق على أساسه إذا ما أصاب الطرف الآخر ،

---

(١) أنظر ما سبق ، فقرة ٩٧ ، وقد نصت المجموعات الحديثة للأقباط على اعتبار الجنون من موانع الزواج (مادة ٢٦ من مجموعة ١٩٥٥ ومادة ٢٧ من مجموعة ١٩٣٨) .

والظاهر أنهم قد تأثروا بما قال به فقاؤهم فى هذا الصدد . ذلك أن ابن العسال (المرجع السابق ص ١٩٦) يعتبره مانعا عرضيا من موانع الزواج إذا كان زمن الافاقة منه أقل . وقد تكلمت الخلاصة القانونية كذلك عن الجنون ضمن موانع الزواج التى إذا اتفق حصول الزواج مع وجودها فالانعقاد يكون لاغيا مفسوخا لايعول عليه (أنظر المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية تحت الموانع الشخصية) .

متى توافرت شروط معينة عرضت لها الطوائف المختلفة [1].

هذا بالنسبة للجنون . أما عن الأمراض الأخرى فإن موقف الطوائف المسيحية يختلف بالنسبة لها . ذلك أن من القواعد الخاصة بهذه الطوائف ما يدخلها فى الاعتبار ومنها ما ليس كذلك .

فبالنسبة للطوائف الكاثوليكية بصفة عامة، لم تذكر الارادة الرسولية شيئاً عن الأمراض الأخرى غير العجز الجنسى . وهذا يعنى أن وجود مثل تلك الأمراض لا يعتبر مانعا من موانع الزواج يؤدى إلى بطلانه إذا كان موجودا وقت العقد [2]. وهذا هو الحكم لدى الانجيليين .

أما الطوائف الأرثوذكسية فان الاقباط والسريان يعرضون لهذه الأمراض بين موانع الزواج ، خلافا للأرمن والروم .

أما عن الأقباط الأرثوذكس فلم تعرض مجموعة ١٩٥٥ للأمراض الأخرى غير العجز الجنسى عدا الجنون [3]. ولكن من مقارنة نصوص هذه المجموعة بمجموعة ١٩٣٨ يتضح لنا أن هذه الأخيرة تلحق الأمراض الأخرى

---

(١) أنظر المادة ٥٢ / ١ و ٥٤ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط . وكذلك ابن العسال ص ٢١٥ — ٢١٦ بالنسبة لحالة الصرع من جنون . وكذلك المسألة ٢٥ (السبب السابع) من الخلاصة القانونية . والمادة ٧٢ و ٧٨ من مجموعة السريان ، والمادة ٣٩ أرمن والمادة ١١ روم ، وتقابل ١٤٤٣ من القانون المدنى اليونانى) .

(٢) إلا أنه يمكن القول أن ظهور مثل تلك الأمراض بأحد الزوجين قد يكون سببا من أسباب **التفريق** بينهما ، وبوجه خاص إذا كان من الأمراض التى يخشى على الزوج الآخر منها فى نفسه أو جسده . وقد نص على حكم هذه المسألة فى المادة ١٢٠ من الارادة الرسولية على ما سنبينه فى حينه .

(٣) ويراعى أن هذه المجموعة (سنة ١٩٥٥) لم تتكلم عن الأمراض باعتبارها سببا لطلب التطليق إذا طرأت أثناء قيام الحياة الزوجية .

كالسل المتقدم والسرطان والجذام بالعجز الجنسى . فقد نصت المادة ٢٧ من هذه المجموعة على أن الزواج **لا يجوز** إذا كان طالب الزواج مصابا بمرض قتال كالسل المتقدم والسرطان والجذام . أما إذا كان طالب الزواج مصابا بمرض قابل للشفاء ، ولكن يخشى منه على سلامة الزوج الآخر كالسل فى بدايته والأمراض السرية ، فلا يجوز الزواج حتى يشفى المريض . وواضح أن النص فى هذه الحالة يتكلم عن الأمراض المشار إليها باعتبارها من موانع الزواج(١) .

ولعل فى موقف واضعى مجموعة ١٩٥٥ ما يدعو إلى التساؤل عن السر فى استبعاد الأمراض التى ذكرت فى مجموعة سنة ١٩٣٨ من بين الأسباب التى تؤدى إلى فصم الرابطة الزوجية بصفة عامة . قد يكون الدافع لهم على ذلك هو الرغبة فى تضييق نطاق أسباب حل عقدة الزواج . وهذا أمر - كما قيل بحق(٢) - لا يخلو من التطرف ، وخاصة فى الحالات التى يكون فيها الشفاء مستحيلا ، وقد يكون فى إجبار الطرف السليم على القيام بفروض الزوجية ما يعرض حياته للخطر ، وهذا ما يفوق الخطورة التى تنجم عن العجز الجنسى ، ولذلك كان من اللازم عدم إغفال النص على تلك الأمراض الخطيرة(٣) .

ويؤيد هذا الاتجاه ما قال به الفقه الكنسى للأقباط . فقد جاء فى قوانين ابن لقلق عند كلامه عن الزيجات الممنوعة ما نصه « وأما امتناع الاجتماع المقصود

---

(١) كما تعرضت المادة ٥٤ من المجموعة نفسها للمرض الطارىء بعد الزواج وقررت أنه يبيح طلب التطليق ، اذ نصت على أنه « إذا أصيب أحد الزوجين بجنون مطبق أو بمرض معد يخشى منه على سلامة الآخر ، يجوز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق إذا كان قد مضى ثلاث سنوات على الجنون أو المرض وثبت أنه غير قابل للشفاء » .

(٢) أنظر حلمى بطرس ، مذكراته السابق الاشارة إليها ص ٢٠٣ .

(٣) أنظر عكس هذا ، احمد سلامه ، السابق ط ٢ رقم ٢٠٩ .

بالزيجة فكالخصى والجنون المطبق والجذام والبرص والعظم الناشر فى النساء، والعنين والخنثى، وما يجرى هذا المجرى[1] ». ويبين من العبارة الأخيرة أن الحالات المذكورة ليست إلا على سبيل التمثيل فقط. ولم يخرج ابن العسال عما ذكر ابن لقلق فى هذا الصدد بصفة عامة، وإن كان أكثر منه توضيحا وتفصيلا فقد ذكر ضمن موانع الزواج « ما يمنع من الاجتماع المقصود بالزيجة. وهو إما طبيعى كالعنين، وهو الذى لا يتمكن بطبيعة شخصه من الاجتماع المذكور؛ والخنثى وهو الذى له فرج الذكر والمرأة معا فى موضع واحد؛ وكمن له عظم زائد مانع. وإما عرضى وهو ثلاثة أضرب: أحدها الخصى، وثانيها الجنون الذى يكون زمان الافاقة منه أقل، وثالثها الأمراض القاطعة كالجذام. وأما البرص فالأمر فيه راجع إلى الاختيار»[2].

---

(١) ملحق ابن العسال ص ٢٢ (من الملحق).

(٢) ابن العسال، المرجع السابق، ص ١٩٦. وقد عالج ابن العسال ما جاء فى هذا الصدد كذلك عند كلامه عن فسخ الزواج (ص ٢١٣ وما بعدها وخاصة ص ٢١٤ — ٢١٦) وهو يرجح أنه فى حالة ما إذا تزوج شخص بامرأة ثم عرض لها بعد زيجتها به داء فى بدنها مثل الجذام والبرص، وأراد الزوج مفارقتها، كان له ذلك بشرط أن يعطيها مهرها وجهازها. وإذا لم يرغب فى مفارقتها فيباح له اعتزالها بشرط أن يجرى عليها النفقة على قدر ماله، لأن ماحدث لها لم يكن بهواها ولا بهواه. وواضح من هذا أن ابن العسال يتكلم عن انقضاء الرابطة الزوجية بعد قيامها بسبب الأمراض الطارئة.

وقد تكلم ابن العسال فى هذا الصدد كذلك عن حالة ما إذا وجد الرجل المرأة « ناقصة فى خلقتها مخالفة لخلقة النساء لا تصلح للرجال ... » (أنظر ص ٢١٤ - ٢١٥).

كما عرض كذلك لحالة التى تصرع من جنون إن كانت قد حدثت لها هذه العلة وهى مملكة قبل دخوله عليها، ودلس أمرها عليه، ولم يفهمه، وأراد تخليتها، فليفسخ له فى زيجة غيرها ولها مهرها وجهازها وجميع ماجاءت به من بيت أبيها ... » أنظر ص ٢١٥ من ابن العسال. أى أنه يلحق الصرع من جنون بالأمراض الأخرى متى كانا قائمًا قبل الزواج، حتى ولو بعد الاملاك، وذلك إذا دلس أمرها أو خفى علية. وقد جاء بعد ذلك أنه « ان كان الصرع » بها قبل التزويج ولم يعلم ذلك، فان أحب مفارقتها فعليه أن يعطيها كل ماجهزت به. وأما ما كتب به لها من ماله فهو له » ص ٢١٦ من ابن العسال).

أما عن الخلاصة القانونية فقد تكلمت فى المسألة ١٧ منها عن « موانع الزيجة » وقسمتها إلى قسمين ، ثم قسمت الأول منها بعد ذلك إلى نوعين : موانع القرابة ، والموانع الشخصية . وفى صدد الكلام عن الموانع الشخصية ذكرت الجنون المطبق والجذام والبرص . وقد بينت حكم الموانع المذكورة فنصت على أن هذه هى موانع الزيجات الثابتة التى إذا اتفق حصول الزواج مع وجود بعضها فالانعقاد يكون لاغيا مفسوخا لا يعول عليه(١) .

ومن ذلك يتبين لنا أن فقهاء الأقباط الأرثوذكس يعطون حكم العجز الجنسى لبعض الأمراض الخطيرة كالجذام والبرص ، كما أن القواعد المعمول بها منذ سنة ١٩٣٨ تنص على السل المتقدم والسرطان ، وهى أمراض خطيرة تقتضى عزل المريض ، وتجعل من قيام الحياة الزوجية خطراً يهدد السليم من الزوجين ، كما أن وجودها يؤدى إلى تخلف المقصود من الزواج ، وهذا مايجعلها سببا من الاسباب التى تبيح إبطال الزواج أو التفريق بين الزوجين(٢) .

---

(١) فاذا طرأت الموانع الشخصية التى ذكرت فى المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية ، بعد الزواج فانها تعتبر سببا « تفسخ » الزيجة من أجله إذا استمرت ثلاث سنوات ولم يكن من الممكن البرء منها ، وذلك متى رغب المعافى منهما فى الفرقة (أنظر المسألة ٢٥ السبب السابع من الخلاصة) .

ويراعى فى هذا الصدد أن صاحب الخلاصة القانونية يستعمل اصطلاح « فسخ » الزيجة سواء فى حالة ما اذا كان المانع موجودا وقت العقد ، وهو ما يقابل ما نسميه البطلان ، أو فى حالة المانع الطارىء بعد قيام الرابطة الزوجية وهو ما يعطى الحق فى طلب التطليق وان كان يطلق على ذلك أيضا كلمة « فسخ » . ويبدو لنا أن الفقه القبطى لا يميز بين البطلان والفسخ والطلاق على نحو واضح كما بينا من قبل . وقد يستعمل كلمة فسخ ليعبر بها عن حالة بطلان أو طلاق .

(٢) وفى هذا الصدد يقول صاحب الخلاصة القانونية فى المسألة ٢٦ القسم الأول) : أما الموانع الشخصية ، فيما أن الوضع الربانى من الزواج هو لغايات ثلاث ...) وهى لطلب=

ولكى يمكن إدخال الأمراض المذكورة فى الاعتبار ، يتعين أن يتوافر بالنسبة لها ما يستلزم لقيام العجز الجنسى باعتباره مانعا من موانع الزواج. فيلزم أن تكون الأمراض المذكورة قائمة وقت انعقاد الزواج ، كما يلزم أن تكون أمراضا دائمة لا يمكن البرء منها ، وأن تكون من الخطورة بحيث لا تقوم الحياة الزوجية إلا بضرر جسيم للطرف الآخر . فاذا طرأت تلك الأمراض بعد قيام العلاقة الزوجية لا تعتبر من موانع الزواج ، وإنما قد تعتبر سببا لفصم الرابطة الزوجية عن طريق التطليق ، كما سنبين ذلك فى حينه . وإذا لم تكن دائمة ، وإنما كان يرجى البرء منها فإنها لا تقوم عقبة فى سبيل استمرار الحياة الزوجية . وهذا هو الحكم أيضا إذا كانت أمراضا غير خطيرة ، إذ أن الحياة الزوجية لا تكون خطرا على السليم منهما . وكل هذه أمور تترك لتقدير القضاء ، وله أن يستعين فى معرفة كل تلك الأمور بأهل الخبرة من الفنيين .

وقد وضعت الخلاصة القانونية فى هذا الصدد قواعد من المفيد الأخذ بها فى صدد الموانع الشخصية بصفة عامة وهى العجز الجنسى والأمراص سالفة الذكر . فجاء فى المسأله ٢٥ أن الزيجة « تفسخ » إذا عقدت مع وجود الموانع الشخصية « متى شاء أحدهما الفرقة ولم يرد المعاشرة بحيث يتميز الحال بينما يكون الاقتران حصل بتدليس الأمر على القرين الآخر وبينما يكون صار بعلم

=النسل وتحصن الزوجين من ألم الشهوة والتعاون على المعاش تطبيقا للنصوص الصادرة عن ذلك. ولا شك أنه مع وجود الأسباب الشخصية المبينة فى قسم ٢ من المسألة ١٧ يمتنع ولا بد الحصول على هذه الغايات الثلاث المقصودة بالزواج كالوضع الالهى ، فلا يمكن الاجتماع المقصود من النسل والتحصن ولا يتم التعاون فى المعاش بواسطة تلك الموانع . وكأن الزواج بهذه الحالة أصبح عديم الفائدة . فلذا صرحت القوانين بفسخ زيجة المصابين بهذه الموانع إذا تطلب أزواجهم الفرقة ... » .

وتراضى ، فإن كان الاقتران وقع بغش وجب الفسخ حالا ، وإن كان يعلم وتراضى الآخر ثم استمر الزوجان من سنة إلى ثلاث سنوات بحسب ما تحتمله حالة المرض المانع لربما يكون مما يمكن زواله ، انتظر لغاية كمال الثلاث سنوات من عهد الزواج . فان عوفى المريض منها . وإن لم يبرأ وتحقق أن الاجتماع بقى غير ممكن مدة الثلاث سنوات من وقت التزوج ورغب الفريق الثانى الافتراق والزواج بآخر يجاب إلى ذلك . وإن كان المرض مما لا يمكن زواله بأى علاج ، وكان القرين الآخر ممن لا يحتمل الصبر ثلاث سنوات ورغب الفرقة بعد سنة واحدة مضت للزواج ، فللرئيس إجابته بعد النظر الدقيق العادل ، وتحقق الحق وتزييف الباطل» . هذا هو الحكم لدى الأقباط الارثوذكس[1] .

١١٣ — ثالثا : مانع الزواج السابق L'empêchement de Lien :[2]

يتمثل هذا المانع فى عدم امكان إبرام زواج ثان طالما بقى الزواج الأول قائما . وهو من الموانع التى أقرتها الكنيسة فى الشرق والغرب منذ البداية ، لأنه من التعاليم الالهية التى تحرم تعدد الازواج ، إذ يقول المسيح إن الذى خلق من البدء خلقهما ذكراً وأنثى ... من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسدا واحدا . إذا ليسا بعد اثنين بل جسد واحد[3] » . فطالما بقى الزواج الأول قائما حرم على أى من الزوجين عقد زواج جديد مع شخص آخر ، وإلا كان زواجه الثانى باطلا ، إذ هناك مانع يمنعه من الزواج

---

(١) أما بالنسبة للسريان ، فقد نصت المادة ١٢ خامسا على أن من موانع الزواج « ألا يكون فيهما عيوب جسدية كالأمراض السارية المانعة من الزيجة » . وهذا النص يجب تفسيره على ضوء القواعد التى أوردها فقهاء الأقباط الارثوذكس على ما بيناه فى المتن .

(٢) أنظر تفصيلا فى هذا الموضوع : شفيق شحاته ، أحكام الاحوال الشخصية ، الجزء السادس ١٩٦٢ .

(٣) انجيل متى الاصحاح ٩ الآيات ٤ وما يليها .

الثانى وهو قيام الزواج السابق . فالمانع فى هذه الحالة يقوم على خاصتين من خصائص الزواج وهما الوحدة وعدم قابلية الرابطة الزوجية للانحلال ولاخلاف بين المذاهب المسيحية جميعها فى ذلك[1] .

ولكى يوجد هذا المانع ، يتعين أن يكون الزواج السابق صحيحا قائما . ويكفى أن يوجد عقد صحيح حتى ولو لم تحصل معاشرة بين الزوجين ؛ فالعبرة بتمام العقد الصحيح ولو لم يكن الزواج قد اكتمل بالدخول والمعاشرة الجنسية. وعلى هذا فطالما لم يثبت أن الزواج السابق وقع باطلا ، أو أنه انحل لسبب من الأسباب ، يعتبر الزواج الجديد باطلا لقيام المانع[2] .

ولابد أن يثبت بطلان الزواج الأول أو انحلاله على وجة يقينى وبطريق قانونى ، سواء كان ذلك عن طريق حكم قضائى أو بدليل قطعى آخر ، وذلك على الأقل فى حالة الشك كشهادة الوفاة مثلا . وقد جاءت المادة ٥٩ من الارادة الرسولية للكاثوليك فى فقرتها الثانية مقررة لهذا المعنى السابق ، إذ

---

(١) أنظر المادة ٢٤ من مجموعة ١٩٥٥ و ٢٥ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الارثوذكس حيث نص على أنه « لا يجوز لأحد الزوجين أن يتخذ زواجا ثانيا ما دام الزواج قائما » . وانظر أيضا المادة ٢ (١) من قواعد الروم الأرثوذكس والمادة ٥ من قواعد الأرمن الأرثوذكس ، والمادة ١٢ (أولا) للسريان ، والمادة ٦ بالنسبة للانجيليين . وتنص هذه المادة الأخيرة على أن « الزواج هو اقتران رجل واحد بامرأة واحدة اقترانا شرعيا مدة حياة الزوجين » . وتقضى المادة ٥٩ من الارادة الرسولية بالنسبة للطوائف الكاثوليكية عامة . « ١ — أن من كان مقيدا بوثاق زواج سابق ولو غير مكتمل يحاول باطلا عقد الزواج . هذا مع مراعاة امتياز الايمان » . وانظر كذلك المادة ٩٩ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لفيليب جلاد ، السابق ، ج ٥ ص ٣٨٠ .

(٢) وعند السريان الأرثوذكس تعتبر الخطبة السابقة مانعا من الموانع المبطلة لعقد الزواج والخطبة ، إذ تنص المادة ١٢ على أن الموانع الشرعية فى الخطبة والزواج هى (أولا) ألا يكون أحد الخطيبين مخطوبا لآخر أو مرتبطا بزيجة أخرى .

نصت على أنه « وإن كان الزواج السابق باطلا أو انحل لأى سبب كان ، فلا يجوز عقد زواج آخر قبل أن يثبت يقينا وعلى وجه شرعى أن الزواج السابق باطل أو أنه انحل »[١] .

ويدق الامر فى حالة غيبة أحد الزوجين . والغيبة فى ذاتها لا تعتبر سببا كافيا لإبرام زواج جديد ، بل لابد من تحقق موت الغائب وإثبات ذلك على وجه يقينى[٢] . وأما بالنسبة للمذاهب المسيحية التى تبيح التطليق للغيبة ، فلابد فى هذه الحالة من صدور حكم من القضاء بذلك وبتطليق الحاضر من الزوجين ؛ فاذا ما قضى له بذلك أصبح فى حل من أن يتزوج من جديد[٣] .

وهناك حكم خاص بالطوائف الكاثوليكية نصت عليه المادة ٥٩/١ من الارادة الرسولية . إذ بعد أن قررت هذه المادة أن من كان مقيداً بوثاق زواج

---

(١) ويترتب على ذلك أنه فى حالة ادعاء الزوج الذى نسب إليه التعدد بطلان زواجه الأول ، يكون على القاضى قبل أن يقضى ببطلان زواجه الثانى ، أن يفصل أولا فيما إذا كان زواجه الأول باطلا أم صحيحا . ذلك لأنه إذا كان الزواج الأول باطلا فان الزوج يعتبر أنه لم يرتبط أصلا ، ويكون له تبعا لذلك أن يعقد زواجا آخر — (أنظر المادة ١٨٩ من القانون المدنى الفرنسى) .

(٢) وقد أورد فيليب جلاد (المرجع السابق ، ج ٥ ص ٣٨١) ، فى صدد القواعد الخاصة بالكاثوليك، حكم الغيبة فقرر أن « غيبة أحد الزوجين ، وإن طالت ليست بحجة كافية للتزوج بآخر، بل لابد من تحقيق موت الغائب » وأن « الحكم بحقيقة الموت يتعلق بالاسقف ولا يسوغ له أن يأذن بعقد الزواج إن بقى مترددا » .

(٣) وتبيح القواعد الخاصة بالطوائف الارثوذكسية جميعها التطليق للغيبة ، أنظر مثلا : المادة ٥٠ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط والمادة ١٠ من القواعد الخاصة بالروم والمادة ٤٧ من القواعد الخاصة بالأرمن والمادة ٩٣ و ٩٤ من القواعد الخاصة بالسريان .

وانظر فى الغيبة : Caltier ، المرجع السابق ، ص ١٢٩ — ١٣٠ . وقارن أحكام الشريعة الاسلامية بالنسبة للمفقود ، للاستاذ عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤٥٨ وما بعدها .

سابق ولو غير مكتمل ، كان هذا مانعا من زواج جديد طالما بقى الزواج قائما ، وإلا كان الزواج الجديد باطلا ، بعد أن قررت ذلك عادت واستثنت حالة يعبر عنها بامتياز الإيمان (Le privilège de la foi) أو الإنعـام البولسى . ومقتضى هذا الامتياز أنه إذا ارتد كافر إلى الايمان (المسيحية) وكان متزوجا ، وبقى الزوج الآخر فى الكفر ، فيمكن الزوج المرتد أن يعقد زواجا جديداً ؛ ويبطل العقد الأول من مجرد إبرام العقد الجديد[١].

على أنه إذا انقضت الرابطة الزوجية السابقة ، سواء بالوفاة أو بأى سبب آخر ، فلا يحق للمرأة أن تعقد زواجا جديداً خلال مدة معينة هى فترة العـدة منعاً لاختلاط الأنساب[٢].

هذا ، ويجدر بنا أن ننوه فى هذا المقام بكراهية الديانة المسيحية لتعـدد الزيجات ، لدرجة أن بعض الكنائس اعتبرت أن التزوج ثلاث مرات يعـد مانعا للزواج الرابع . بمعنى أنه إذا كان الشخص قد تكرر زواجه ثلاث مرات متتالية — والمفروض أنه لايجمع بين زوجتين — فان هذا يعتبر مانعا من إبرام زواج رابع[٣]. على أنه إذا كانت المسيحية تكره تعدد الزيجات على هذا النحو

---

(١) أنظر رسالة بولس الأولى إلى أهل كورنثوس : الاصحاح ٧ الآيات ١٢ ومايليها . أنظر أيضا المادة ١٠٩ وما يليها من الارادة الرسولية للكاثوليك وخاصة المادة ١١٢ .

(٢) وسنعرض فيما يلى للعدة باعتبارها مانعا من موانع الزواج .

(٣) وتجعل القواعد الخاصـة بالروم الارثوذكس من وجود « زواج ثالث سابقا » مانعا مطلقا من الزواج (مادة ٣ ب) ، ولم يرد هـذا المانع فى القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس ، وإن كان الفقهاء الارثوذكس قد تكلموا عن ذلك . فقد جاء فى قوانين ابن لقلق (ملحق بابن العسال ص ٢٢) أنه « لايتزوج مؤمن ... بالرابعة فصاعدا » وهذا ما ذكره ابن العسال كذلك اذ قرر بين ما يمنع الزواج : الجمع بين زوجتين أو أكثر ، وكذلك : زيجة الرابعة فصاعدا . ويقول فى موضع آخر أن الزيجة الثالثة هى علامة الغواية لمن يقدر أن يضبط نفسه ، وهى اناء وسخ فى البيعة ... فأما أكثر من الثالثة فهى علامة =

فان اعتبار الزيجات السابقة إذا تكررت مانعا من زواج جديد محل نظر لتعارضه مع حرية من حريات الفرد الأساسية المتعلقة بحقه فى الزواج ، ولعل هذا ما قد يفهم من رسالة بولس الأولى إلى أهل كورنثوس[1] إذ يقول : « ولكن أقول لغير المتزوجين وللأرامل إنه حسن لهم إذا لبثوا كما أنا . ولكن إن لم يضبطوا أنفسهم فليتزوجوا ، لأن التزوج أصلح من التحرق »[2].

= الغواية لمن يقدر أن يضبط نفسه ، وهى إناء وسخ فى البيعة ... فأما أكثر من الثالثة فهى علامة الزنا الظاهر . ومن جسر على أن يصير إلى التزويج الرابع الذى ليس هو تزويجا فلا يحسب مثل هذا زواجا ، ولا المولودون منه بنين مختصين يعرفون ويلقى فى عقاب المتدنسين بأوساخ الزنا ويفرق بعضهم من بعض ... » (ابن العسال ص١٩٧ وص ٢٠٥ ، وانظر كذلك ص ٢٠٦) .

(١) الاصحاح ٧ الآيتان ٨و٩ .

(٢) أنظر مع ذلك الدكتور شفيق شحاته ، جزء ٦ ، السابق ص ٢٣ بالهامش . ثم أنظر كذلك ما أورده فى شأن تعاقب الزيجات . مشروع الأروام الأرثوذكس بلبنان حيث استبعد من بين نصوصه مانع الزواج الثالث (أنظر رقم ٦٣٦ ص ٢٧ جزء ٦) ، وأن شريعة النساطرة - على خلاف الشريعة البيزنطية - قد أباحت الزيجات المتعاقبة أيا كان عددها (شفيق شحاته السابق ٦ رقم ٦٣٨ ص ٢٩) . وبالنسبة للشريعة السريانية ، لم يجعل من الزواج الثالث مانعا مبطلا ، بل هو كما يبدو مما أورده ابن العبرى مانع محرم فقط (المرجع نفسه رقم ٦٤٢ ص ٣٠) . كما لم يرد فى مجموعة السريان ما يمنع تعاقب الزيجات (المرجع السابق رقم ٦٤٥-٦٤٦ ص٣٠-٣١) . وهذا المانع غير موجود كذلك فى الشريعة المارونية. بل إنه قد صدرت قرارات من بعض مجامعهم تصرح بمشروعية الزواج الثالث والرابع (على التعاقب طبعا) (أنظر شفيق شحاته ، السابق رقم ٦٦٤ ص ٤٠) . وكل ما هنالك أنه فى حالة تعاقب الزيجات ، فانه لا تتخذ إجراءات التتويج بالنسبة لمن سبق زواجه . أما البكر فتتخذ إجراءات التتويج بالنسبة لها وحدها فقط . وعند الأرمن لم يجعل من الزيجات المتعاقبة مانعا من الزواج فى مجموعتهم . وقد تلاشى هذا المانع من شريعتهم بعد القرن الرابع عشر (أنظر شفيق شحاته السابق رقم ٦٧١ ص ٤٤) . كما يراعى أن المجموعات الحديثة للأقباط لم تنص على مانع الزيجات المتعاقبة . وكذلك الشأن بالنسبة للخلاصة القانونية (أنظر شفيق شحاته ، السابق رقم ٦٨٩ وما بعده) .

١١٤ – رابعا : مانع الدرجات المقدسة (الكهنوت) (L' ordre sacré) :

هذا المانع من شأنه أن يحرم الزواج على الذين قبلوا بعض الدرجات الكهنوتية إذ أن من يقبل هذه الدرجات يتنازل بذلك عن الزواج. وإذا كان الانجيليون لا يجعلون من الكهنوت مانعا من الزواج، فقد اختلفت وجهات نظر الكنائس الأخرى فى هذا الصدد.

وعند الأرثوذكس لم يرد فى القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس نص على هذا المانع، ولكن الكنيسة تجرى على اشتراط عدم الزواج فى كل رتبة كهنوتية تعلو رتبة القسيس والقمص، ولا تختار من يشغلون هذه الدرجات إلا من بين الرهبان، وتحرم عليهم الزواج، ولكن إذا تزوجوا فان زواجهم لا يكون باطلا، وكل ما هنالك أن صفاتهم الكهنوتية تسقط عنهم [١]. وقد أورد ابن العسال فى هذا الصدد أن « أى كاهن تزوج بعد قبوله درجة الكهنوت فليقطع من درجته [٢] ». هذا بالنسبة للأقباط. أما لدى غيرهم فانه لا يعد مانعاً إلا عند الروم فقط [٣].

أما بالنسبة للطوائف الكاثوليكية بصفة عامة، فيعتبر الكهنوت من الموانع المبطلة للزواج بالنسبة لدرجات معينة. فطبقا للمادة ٦٢ من الإرادة الرسولية

---

(١) أنظر فى هذا: ابن العسال: السابق، ص ٦٨. وانظر بصفة عامة: دوفيلييه ودوكليرك، عن الزواج فى القانون الكنسى الشرقى، ص ١٧١ وما بعدها وبصفة خاصة ص ١٧٧.

(٢) ابن العسال، السابق، ص ٨٣. وانظر أيضا ص ٢٠٤. والظاهر أنه إذا كان متزوجا **من قبل يبقى متزوجا**. إنما لا يجوز له أن يجمع بين امرأتين أو امرأة وسرية، وإلا فليخرج من الكهنوت.

(٣) فلم يرد هذا المانع فى مجموعة الأرمن والسريان. أما بالنسبة للروم، فقد نصت المادة ٣ جـ من القواعد الخاصة بهم على أن الشرطونية والانخراط فى سلك الرهبنة تعتبر مانعا من الموانع القطعية التى يترتب عليها بطلان الزواج.

يعتبر الزواج الذى يحاول الاكليريكيون (Les Clercs) ، ذوو الدرجات الكبرى ، عقده ، زواجا باطلا . وتنص الفقرة ٢ من المادة نفسها على أن سلطة إبطال الزواج تمتد إلى درجة الشماس الرسائلى ، كما فى الدرجات الكبرى . على أن قيام هذا المانع يستلزم أن يكون من قبل الدخول فى الدرجات الكهنوتية والتحمل بالتزاماتها قد قبل ذلك فى حرية وعلى بينة من أمره [1] .

١١٥ - خامسا : مانع النذر (نذر الترهب) L,empéchement de voeu :

الرهبانية نظام قائم فى المسيحية ، شجعته السلطات الكنسية منذ القدم ، وهى نذر اختيارى يقطعه الشخص على نفسه بأن يتجرد من ملذات الدنيا وشهواتها مؤثراً حياة الزهد وإذلال النفس على الآباء والأبناء والزوجة والمال . ومن ذلك نرى أن الرهبانية ليست وظيفة من وظائف الكهنوت الذى يتولى رجاله سياسة أمور الكنيسة [2] .

وقد تقرر هذا المانع فى المسيحية منذ عهد قديم . ففى مجمع أنقره تقرر أن كل من نذر أن يكون بتولا ولم يحفظ العهد ، كان حكمه حكم من تزوج امرأتين وقد اعتبر بعض رجال الكنيسة أن الذى يتزوج بعد الترهب أو نذر البتولية

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع : Galtier : المرجع السابق ، ص ١٣٤ وما بعدها ؛ شارل دى كليرك ، السابق (جزء ٢) ص ٣٤١ ؛ و De Smet ، السابق ، ص ٤٤٢ ومابعدها ؛ Fourneret ، السابق ص ١٩٢ — ١٩٣ ؛ الرسالة المخلصية ، (س ٢٣ ، عدد خاص بالزواج) ص ٥٥٧ .

(٢) أنظر فى هذا الموضوع : ابن العسال ، السابق ، ص ٨٨ وما بعدها وكذلك ص ١٨٩-١٩٠ ، وانظر الأساس الذى يستند إليه هذا النظام : انجيل متى ، الاصحاح ١٩ الآية ١٢ والآية ٢٩ . وكذلك رسولة الرسول بولس ، الأولى إلى أهل كورنثوس ، الاصحاح ٧ الآيات ٣٢-٣٤ .

والرهبانية نظام معترف به فى مصر (أنظر حكم النقض فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر جزء ٣ رقم ١٥٥ ص ٤٣١ ، طعن رقم ٥٧ س ١١ ق) .

يعد آثما ، كمن قارف جريمة الزنا ، وتبعا لذلك فانه ينبغى اتخاذ كل ما يلزم لنقض زواج هؤلاء الأشخاص الذين نذروا أنفسهم لله . وفى مجمع أتقـــرة (سنة ٤٥١ م) تقرر كذلك أن كل راهب (أو بتـول) يهب نفسه لله ثم يتزوج بعد ذلك ، يعاقب بالحرمان والطرد من عداد المؤمنين [١] .

ويختلف حكم هذا المانع لدى الكنائس المسيحية . أما بالنسبة للانجيليين فقد خرجوا على هذا النظام . إذ هم لايعترفون بالرهبانية ، وبالتالى لاتعتبر مانعا من موانع الزواج عندهم . وقد ثار « مارتن لوثر » على هذا الوضع ورأى أن حياة الزواج أفضل من حياة العزوبة .

وعند الأرثوذكس ، لا تشير المجموعات الحديثة الأقباط إلى هذا المانع ، لأن الرهبانية نظام اختيارى ، وتبعا لذلك يجوز العدول عنه . أما المجمـوعات الفقهية والخلاصة القانونية فقد تعرضت له . وقد اعتبر ابن لقلق زيجة التاركين لرهبتهم مكروهة ، إلا أن الزواج لا يمنع لهذا السبب [٢] . إذ أن الرهبانية نذر وليست إلزامية حتى تحول دون الزيجة وتجعلها محرمة ، فالتزوج أولى من التحرق كما جاء فى الكتاب المقدس [٣] . وقد ذكر ابن العسال أن الزيجـة بعد نذر الترهب قبيحة ، وأن من تزوج بعد نذر البتولية فحكمه حكم من تزوج امرأتين [٤] . . ويفهم من ذلك أن ابن العسال يعتبر الرهبانية من الموانع المبطلة

---

(١) أنظر فى هـذا : دوفيلييه ، ودوكليرك ، الزواج فى القانون الكنسى الشرقى ، السابق ص١٧٩ وما بعدها .

(٢) ملحق ابن العسال ، ص ٢٢ .

(٣) أنظر شرح الخلاصة القانونية لجرجس فيلوثاؤس عوض ، هامش ص ٢٩ .

(٤) ابن العسال ، المرجع السابق ، ص ١٩٠-١٩١ .

الزواج [1]. ويبدوأن هذاهو ما أقره واضع الخلاصة القانونية فقد ، تكلم في المسألة السابعة عشر عن موانع الزيجة وقسمها إلى قسمين ، وفي القسم الثاني تكلم عن الارتباط بالرهبنة وجعله من الموانع التي تمنع من الزيجة ما دامت موجودة ، والتي إذا زالت جاز التزويج . فالارتباط بالرهبانية يمنع الزواج من قبل ويبطله لو اتفق حصوله . وقد جاء في المسألة ٢٥ من الخلاصة كذلك أن الزيجة إذا عقدت مع الارتباط بشكل الرهبنة فان هذا موجب للفسخ على كل حال ، سواء كان الاقتران حصل بعلم وتراض أو بغش وجهالة ، إذ لا يجوز عقد الزواج الشرعي مع هذا السبب ، فاذا زال ، بأن تنزل الراهب عن رهبنته فعلا ، ورغب الفريقان في الاستمرار ، فللرئيس الشرعي أن يجيز لهما ذلك إذا كان صائبا [2] وقد اعتبرت المسألة الثامنة عشر من الخلاصة القانونية من بين الزيجات المكروهة — وإن كانت مباحة — زيجة التاركي رهبنتهم .

هذا بالنسبة للأقباط الأرثوذكس ، وإذا كانت المجموعات الحديثة عندهم لم تشر إلى الرهبانية باعتبارها من موانع الزواج على أساس أنها نظام اختياري ، فإن الحكم ليس كذلك عند جميع الطوائف الأرثوذكسية الأخرى [3] .

---

(١) قارن مع ذلك شفيق شحاته ، أحكام الأحوال الشخصية ، جزء خامس ص ٣٣ هامش ١ .

(٢) كما جاء أيضا في المسألة ٢٥ أنه إذا كانت الزيجة قد عقدت بغش « وكان الغش من جهة الرتبة ، كمن تكون رتبته مانعة له من التزوج ويخفيها رغبة في الزواج ، فان كان ذو الرتبة راهبا أو راهبة وبعد ظهور الأمر رغب الراهب أو المترهبة العودة إلى طقس الرهبنة وقبول التوبة ، فقد ذكر أعلاه أن الاقتران براهب أو راهبة مفسوخ ، وإن كان لا يهوى العودة إلى طقسه الأول فقد بطل من الطقس الرهباني وصار أمر تجويز زيجته وعدمه مفوضا لرئيس الكهنة . وإن كان كاهنا واقترن حالة كونه كاهنا فالزيجة موجبة لسقوطه من رتبة الكهنوت ، أراد أو لم يرد . أما تجويز تلك الزيجة وعدمه ، فمفوض لرئيسه » .

(٣) فعند الروم الأرثوذكس يعتبر الانخراط في سلك الرهبنة من الموانع القطعية =

أما عند الكاثوليك فيفرق بين النذر البسيط (voeu simple) أو النذر الخاص ، وهو النذر الذى يقطعه الانسان على نفسه بالتزام حياة البتولية دون أن يتم هذا العهد أمام الكنيسة ، والنذر الرسمى أو الاحتفالى (voeu solennel) وهو العهد الذى يقطعه الانسان على نفسه أمام الكنيسة ووفقا للاجراءات الدينية المتبعة فى ذلك .

والنذر البسيط لا يعتبر مانعا مبطلا من موانع الزواج ، وإن كان يترتب على مخالفته أن يكون الزواج محرما ، رغم وقوعه صحيحاً . فهو مانع محرم (prohibitif) لا مبطل (dirimant) للزواج . وقد نصت المادة ٤٨ من الارادة الرسولية على أنه : (البند الاول) : « يحرم الزواج : (١) النذر العمومى بحفظ العفة الكاملة الذى يصدر فى الترهب البسيط أو الصغير : (٢) النذر الانفرادى (Privé) بحفظ البتولية أو العفة الكاملة أو بعدم التزوج ، وكذلك النذر الانفرادى بقبول درجة الشماس الرسائلى أو إحدى الدرجات الكبرى فى الطقوس التى يلتزم فيها الاكليريكيون المحافظة على العزوبة المقدسة منذ نيلهم درجة الشماس الرسائلى » . (البند الثانى) : إذا استثنى النذر الاحتفالى أى النذر الذى يصدر فى الترهب الكبير ، فلا يبطل الزواج بأى نذر آخر ، إلا إذا تقرر ذلك بمرسوم خاص من الكرسى الرسولى بالنسبة لبعض الزيجات [1] .

= التى يترتب عليها بطلان الزواج (مادة ٣ ج من القواعد الخاصة بالزواج والطلاق عندهم) . وانظر حكم هذا الموضوع لدى الأرمن والسريان فى « دوفيلييه ودوكليرك » المرجع السابق . س ١٨١ و ١٨٢ ، وانظر فى فسخ الزواج بسبب الرهبنة والغش ، مادة ٧٩ وما بعدها من مجموعة السريان . وانظر خاصة المادة ٨٤ من مجموعة السريان وهى قريبة من حكم المسألة ٢٥ خلاصة المذكورة فى الهامش السابق . ولم يورد الأرمن هذا المانع ضمن موانع الزواج فى مجموعتهم .

(١) أنظر فى هذا : Galtier ، السابق ، ص ١٠٦-١٠٧ ، وكذلك : الرسالة المخلصية = السابق الاشارة إليها ، (سنة ٢٣ ، عدد خاص بالزواج) ٥٤٩-٥٥١ .

والنذر الاحتفالى هو الذى يعتبر مانعا مبطلا من موانع الزواج ، فاذا تزوج من قام بهذا النذر وفقا للمراسم الدينية المتبعة فى هذا الشأن كان زواجه باطلا. وقد نصت المادة ٦٣ من الإرادة الرسولية على هذا الأمر فقررت أنه « يحاول عقد الزواج باطلا الرهبان ذو والنذور الاحتفاليـة ، أى التى تبرز فى الترهب الـكبير ، وكذا من أبرز نذر العفة خارجا عن هـذا الترهب إذا أضيفت إلى هذا النذر قوة إبطال الزواج بمرسوم خاص من الـكرسى الرسولى » . وهذا النص يفرق بين النذر الاحتفالى فى الترهب الـكبير ، ويترتب عليه أن الزواج الذى يتم رغم وجود هذا النذر يقع باطلا ، ونذر العفـة الذى يصـدر خارجا عن هذا الترهب الـكبير (أى النذر البسيط) . وفى هـــذه الحالة الاخيرة لا يترتب على مخالفة مثل هذا النذر بطلان الزواج ، إلا إذا صدر من الـكرسى الرسولى مرسوم خاص يرتب هذا البطلان [١] .

١١٥ مكرر — (سادسا) العدة كمانع من موانع الزواج : تتطلب القواعد الخاصة ببعض الطوائف المسيحية انقضاء فترة معينة بعد انحلال الرابطة الزوجية حتى تستطيع المرأة التى انقضت العلاقة بالنسبة لها إبرام زواج جديد . هـذه الفترة هى التى تسمى فى الشريعة الاسلامية بالعدة . والغرض من العدة ، كما هو معلوم ، هو التأكد من خلو الرحم حفظا للأنساب . ثم هى إلى جانب ذلك تعتبر فترة حداد على الزوج السابق فى حالة وفاته ، وذلك من باب الوفاء والاخلاص للعلاقه الزوجية السابقه . فالزواج فى جوهره رباط بين الأرواح ، وهذا الرباط

---

(١) أنظر فى هذا : Galtier ، السابق ص ١٤٤ — ١٤٥ ، الرسالة المخلصية العـدد السابق ، ص ٥٥٩ — ٥٦١ ، « شارل دوكليرك » السابق ، (جزء ٢) ص ٣٤٢ ، وكذلك : De Smet ، السابق ص ٤٤٢ وما بعدها . وانظر أيضـا المادة ٦٧ من القواعد الخاصة بالـكاثوليك لفيليب جلاد ، السابق (جزء ٥) ص ٣٦٩ .

يظل كذلك حتى بعد انفصام رابطته [1] .

وقد عالجت الكنائس الأرثوذكسية هذا الموضوع فحرمت الزواج فى الفترة اللاحقة على انقضائه ، وبذلك تكون العدة على هذا النحو مانعا من موانع الزواج ، وهى تعتبر من الموانع المطلقة التى تمنع الزواج من أى شخص ، طالما لم تنقض الفترة اللازمة لها . وهى مع ذلك من الموانع المؤقتة لأنها تنتهى بانقضاء مدة معينة .

فعند الطوائف الأرثوذكسية حددت المادة ٢٥ من مجموعة سنة ١٩٥٥ [2] للأقباط . المدة اللازمة للعدة بعشرة أشهر ميلادية كاملة من تاريخ انقضاء الزوجية بالوفاة أو بالفسخ ، فنصت على أنه « ليس للمرأة التى مات زوجها أو فسخ زواجها أن تعقد زواجا ثانياً إلا بعد انقضاء عشرة أشهر ميلادية كاملة من تاريخ الوفاة أو الفسخ » . فالعدة إذن واجبة على هذا النحو إذا ما انحلت الرابطة الزوجية لأى سبب كان، سواء كان ذلك بسبب الوفاة أو لصدور حكم بالتطليق أو فى حالة إبطال الزواج .

وتطبق هذه المدة بالنسبة للمرأة سواء كانت من ذوات الحيض أو لم تكن كذلك لصغر سنها أو لبلوغها سن اليأس أو لأنها فقدت الحيض أصلا . ومع ذلك فانه يجوز « (للمجلس الملى) [3] أن يأذن بتنقيص هذا الميعاد متى ثبت له

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع بصفة عامة : عمر عبد الله ، الأحوال الشخصية (١٩٥٦) ص ٣٩٣ وما بعدها . الدكتور محمد يوسف موسى : أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الاسلامى ط ١ ، ١٩٥٦ ص ٣٤٥ ومابعدها . محمد أبو زهرة : الأحوال الشخصية (قسم الزواج) ط ٢ ، ١٩٥٠ ص ٢٧٠ وما بعدها .

(٢) ويقابل المادة ٢٦ من مجموعة ١٩٣٨ .

(٣) وبعد إلغاء المجالس الملية انتقل هذا الحق إلى المحاكم ، فأصبحت تقضى باختصاصها =

بصفة قاطعة من ظروف الأحوال أن الزوج السابق لم يعاشر زوجته منذ عشرة شهور » .

أما بالنسبة للحامل فان عدتها تتحدد بوضع الحمل بعد وفاة زوجها أو فسخ عقد الزواج . وهذا الحكم معمول به طبقاً للشريعة الاسلامية كذلك بين المسلمين ـ فاذا ما وقعت الفرقة بين المرأة وزوجها ، أيا كان سبب هذه الفرقة ـ الوفاة أو التطليق أو البطلان ـ وكانت المرأة حاملا آنذاك تحددت عدتها بوضع الحمل [1] .

= بتنقيص مدة العدة طبقا لما جاء به نص المادة ٢٥ سالف الذكر . وانظر فى هذا حكما لمحكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٨/٦/١٥ فى القضية رقم ٧٥٠ لسنة ١٩٥٧ أشار اليه رفعت خفاجى وراجح لطفى جمعه فى مؤلفهما السابق ، الكتاب الأول ص ٣١ - ٣٣ . ومع ذلك فاننا لا نرى أن يمتد الحق فى تنقيص المدة إلى الغائها كلية . أنظر كذلك شفيق شحاته السابق ج ٦ رقم ٧٠٠ - ٧٠١ ص ٦٧ وما بعدها .

(١) ولم يرد تنظيم العدة على النحو السابق لدى فقهاء الأقباط الأرثوذكس . فقد جاء فى المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية أن ممن يمنع زواجهن « التى لم تنقض مدة حزنها ، وهى عشرة شهور لوفاة زوجها » . فالعدة محددة هنا بالنسبة للمتوفى عنها زوجها فقط خلال فترة الحزن . وإذا ما حصل الزواج رغم عدم انقضاء هذه الفترة فانه لا يفسخ . أى أن مخالفة هذا المانع لا تؤدى — كما هو واضح من الخلاصة القانونية — إلى البطلان . وقد أورد ابن العسال (السابق ص ١٩٧) حكم هذه الحالة أيضا فقرر أن من الزواج الممنوع «الزيجة بالتى لم تنقض مدة حزنها ، وهى سنة كاملة أو عشرة شهور ، لوفاة الزوج » . ويضيف إلى ذلك أن « من تزوج قبل هــذه المدة منع من إرث زوجة وما وصى له به . وهذا القسم يمنع من الزواج ولا يمنع من الخطبة ولا من الاملاك الذى صار بغير صــلاة » . وواضح من هذا أن الجزاء على المخالفة ليس هو البطلان . وهــذا ما يفهم مما ورد فى قوانين ابن لقلق (ملحق ابن العسال ، الســابق ص ٢٢) إذ يجعل من بين الزيجات المــكروهة المستقبحة الزيجة « بالتى لم تقض مدة حزنها على بعلها وهى عشرة شهور ، وهذه يسقط ميراثها منه ووصيته لها » .

ويقرب من الحكم السابق ما جاءت به قواعد الطوائف الأرثوذكسية الأخرى [1] .

أما بالنسبة للمذهبين الكاثوليكى والبروتستانتى فان العدة لا تعتبر مانعاً من موانع الزواج إذا ما انحلت الرابطة الزوجية لأى سبب من الأسباب . ولم تورد القواعد الخاصة بهم أى تنظيم فى هذا الشأن . وكل ما جاء بالنسبة للكاثوليك فى صدد زواج الأرامل هو ما ذكرته المادة ١٣١ من أن الترمل الطاهر يعد أكثر تكريما ، أى أن المرأة إذا ما توفى زوجها فانه من الأفضل لها أن تظل هكذا ، وإن كان هذا لا يعنى عدم صحة ومشروعية الزواج من

= ومع هذا فانه ينبغى أن يراعى أن ما ورد بالنسبة للاقباط الأرثوذكس فى المادة ٢٥ من مجموعة سنة ١٩٥٥ يقرب جدا من نص القانون المدنى الفرنسى فى المادتين ٢٢٨و٢٩٦ . ونرى أنه ينبغى الأخذ بحكم نص المادة ٢٥ وجعل الجزاء هو بطلان الزواج الذى يتم خلال فترة العدة .

(١) فقد نصت المادة ١٢ بالنسبة **للارمن** على أن المرأة التى انفسخ زواجها لا يجوز لها أن تعقد زواجا ثانيـة قبل مضى ثلاثمائة يوم من تاريخ الفسخ ، انما يجب تقصير هذا الأجل إذا ولدت المرأة بعد وفاة زوجها أو بعد فسخ الزواج . كذلك يصح تقصير هذا الأجل اذا ثبت ثبوتا قاطعا استحالة حصـول اتصال زوجى بسبب غياب الزوج . أنظر كذلك شفيق شحاته جـ ٦ رقم ٦٧٢ ص ٤٦ . كما نصت المادة ٣ هـ من القواعد الخاصة **بالروم** على جعل المدة عشرة شهور ، ولـكنها لم تجز تقصير هـذه المدة ، كما هو الشأن بالنسبة للاقباط والأرمن ، مع مراعاة أنها تنقضى على كل حال فى حالة الحمل بالوضع (أنظر كذلك شفيق شحاته جزء ٦ خاصة رقم ٦٣١ ص ٢٤) . أما **السريان** فقد نصت المادة ١٢ (سابعا) من مجموعتهم على حكم مقارب لما أورده فقهاء الأقباط خاص بحالة الوفاة وجعلتها عشرة أشهر بعد وفاة الزوج ، وللرجل مدة حدها الاصغر أربعون يوماً بعد انتقال زوجته (انظر مع ذلك المادة ١١٢ من المجموعة نفسها) أنظر كذلك المادة١٠٩ وما بعدها من مجموعة السريان . وقد عرفت هذه المواد المقصود بالعدة ، كما تكلمت عن العدة الواجبة على المرأة فى حالة موت زوجها وفى حالة فقده ، وعن العدة بالنسبة للرجل الذى يلتزم بالصبر مدة الحزن على زوجته بحسب ما يليق ويحتمل . وقد تكلمت المادة ١١٢ عن مدة العدة بالنسبة للرجل ، وبينت أن إذا كان من المناسب ألا يتزوج قبل خمسة أشهر ، فانه يتزوج إن كانت هناك ضرورة بعـد مرور الاربعين - أنظر أيضا شفيق شحاته ، السابق جـ ٦ رقم ٦٤٥-٦٥٢ ص ٣٠ وما بعدها .

جديد [1] . ولكن لم يعرض أى نص لمسألة العدة .

والواقع أن موقف الكنائس الكاثوليكية والبروتستانتية من هذا الموضوع منتقد . ولهذا يجب أن تطبق أحكام العدة بالنسبة لاتباع تلك الكنائس ، بل وبالنسبة لغير المسلمين بصفة عامة ، لأن الأمر يتعلق باختلاط الانساب ، وهى مسألة تمس النظام العام . ولامانع فى هذا الصدد من تطبيق الأحكام التى أوردتها الطوائف الأخرى بالنسبة للمرأة الكاثوليكية أو البروتستانتية ، أو غير المسلمة بصفة عامة ، التى تنحل رابطة زواجها بسبب من الأسباب التى تقرها شريعة أى من هذه الطوائف .

وينبغى أن يراعى فى هذا الشأن أن التشريعات المدنية الحديثة [2] تبقى على فترة العدة وتحددها بصفة عامة بعشرة شهور . وهذه المدة تنقص فى غالب الأحيان إذا حدث وضع أو كان الانفصال قد تم أو قضى به من قبل .

---

(١) أنظر المادة ١٣١ من الارادة الرسولية وتقابل المادة ١١٤٢ من القانون الكنسى الغربى . وانظر فى شأن هذا النص : Galtier ، السابق ، ص ٤٠٥ وما بعدها ، وكذلك : القانون الكنسى باشراف ناز ، السابق ص ٤١٣ .

(٢) أنظر على سبيل المثال : المواد ٢٢٨ و ٢٩٦ مدنى فرنسى ، والمادة ١٣١٣ من القانون المدنى الألمانى ، والمادة ٤٣ من القانون الأسبانى ، والمادة ١٠٣ من القانون السويسرى .

هذا ، وقد عرفت العدة فى القانون الرومانى ، وكان يحرم على الارملة التزوج قبل مضى عشرة شهور وكانت تسمى tempus lugendi ، كما كانت تطبق بالنسبة للارملة لا المطلقة . ومع ذلك فقد كان الهدف من هذه الفترة أيضا تجنب اختلاط الانساب . أنظر كذلك : شفيق شحاته ، السابق جزء ٦ رقم ٥٩٨ ص ٨ .

الطائفة الثانية

الموانع المبطلة النسبيـــــة

Empêchements dirimants relatifs

١١٦ - التعريف بها - تقسيمها : فى هذه الطائفة من الموانع لا يـكون للشخص أن يبرم الزواج مع شخص معين أو أشخاص معينين ، مع أنه قد يكون له أن يعقد زواجا مع آخرين غير هؤلاء الأشخاص . فالمانع لا يقوم إلا بالنسبة لشخص أو أشخاص معينين ، ويكون الزواج باطلا إذا تم رغم وجود هذا المانع.

وقد سبق لنا أن رأينا أنه يدخل تحت هذه الطـائفة من الموانع ، مانع القرابة بصفة عامة ، وكذلك مانع الحشمة العامة والجريمـة ثم اختلاف الدين . ويدخل ضمن مانع القرابة ما يسمى بقرابة الدم والقرابة الناشئة عن علاقة المصاهرة ثم القرابة الروحية والقرابة القانونية ، ويلحق بها مانع الرضاع لدى بعض الـكنائس . وسنتكلم فيما يلى عن مانع القرابة بأنواعها المختلفة ، ثم نتبع ذلك بالكلام عن الموانع الأخرى .

أولا : مانـــــع القرابة

L'empêchement de parenté

١١٧ - أسـاس المانع وأنواعه : تعتبر القرابة مانعا من الزواج إذا بلغت درجة معينة . والحـكمة من ذلك هى أن زواج الاقارب يعتبر ــ كما قيـل ــ عاملا من عوامل إضعاف النسل وإصابته بالعلل ، فالدم فى حاجة إلى الاختلاط. ثم هناك سبب آخر يتعلق بالآداب ؛ فالحياة العائلية كثيراً ما تجمع بين الاقارب تحت سقف واحد ، وقد يؤدى توقع إمـكان الزواج إلى الفوضى بين أفراد

الأسرة والأقارب. ثم إن آداب الأسرة تقتضى إن يرى الشخص فى ذوى قرباه محارم له ، فلا تراوده نفسه عنهم بغير تأنيب من ضميره . وبالاضافة الى ذلك فان فى تحريم زواج الاقارب تحقيقا لما يرمى اليه الزواج من ايجاد قرابات جديدة وبث المحبة وتقوية أواصر الصلة بين الناس ، وهـذا لا يتحقق إلا إذا كان الزواج بين أشخاص وعائلات لم تكن تربطهم من قبل صلة قربى (١) .

وقد أوردت التوراة المبدأ العام فى تحريم الزواج من ذوى القـربى حينما قررت : « لا يقترب إنسان إلى قريب جسده ليكشف العورة » (٢) . وكان تحريم الزواج من ذوى القربى معروفاً عند الرومان ، فكانوا يحرمون الزواج بين الأصول والفروع إلى مالا نهاية ، أى دون تحديد لدرجات القرابة ، أما قرابة الحواشى ، فقد كانت مانعاً من الزواج إلى درجات معينة ، اختلف مداها باختلاف العصور فى القانون الرومانى . على أنه إذا كان القانون الكنسى، بصفة عامة ، قد سار على هدى ماجاء فى الشريعة الموسوية وفى القانون الرومانى ، إلا أن رجال الكنيسة فى العصور الوسطى قد غالوا فى إنشاء موانع القـرابة على اعتبار أن هذا هو ما يتفق ومقاصد الزواج (٣) .

ونتكلم فيما يلى عن الانواع المختلفة لمانع القرابة .

---

(١) فى هذا المعنى : بلانيول وريبير وبولانجيه : المرجع السابق ، جـ ١ فقرة ٨١١ - وأنظر فى هذا أيضا De Smet ، المرجع السابق ، ص ٤٧١ - ٤٧٢ والهوامش فى ص ٤٧٢ وكذلك : Fourneret ، السابق ص ٢١١ - ٢١٢ .

(٢) سفر اللاويين ، الاصحاح ١٨ الآية ٦ ، وانظر أيضا الآيات التالية حيث ذكرت المحرمات ، وكذلك الاصحاح ٢٠ الايات ١١ وما بعدها ، وسفر التثنية الإصحاح ٢٢ الآية ٣٠ والإصحاح ٢٧ الآية ٢٠ وما بعدها .

(٣) فى هذا المعنى Foucneret ، السابق ص ٢١١ - ٢١٣ ، وانظر أيضا الرسالة المحلصية س ٢٣ ، عدد خاص بالزواج ، ص ٥٦٥ - ٥٦٧ .

١١٨ - (١) **قرابة الدم :** قرابة الدم أو القرابة الطبيعية هى الرابطة التى تجمع بين شخصين ينحدران من أصل واحد مشترك فى حدود معينة ، أو يتفرع أحدهما عن الآخر . فقرابة الدم قد تكون ناشئة من أن أحد الطرفين يستمد حياته من الآخر ، وهذا ما يسمى بالقرابة المباشرة directe أو القرابة على الخط المستقيم ، وهى الصلة ما بين الأصول والفروع ، مثل الأب وابنته ، إذ بينهما قرابة مباشرة . وقد تنشأ من التقاء الطرفين فى أصل مشترك من أصولها ، وذلك بالصعود بعض الدرجات فى سلسلة أصولها دون أن يكون أحدهما فرعا للآخر ، كما فى النوع السابق . هذه القرابة هى ما تسمى بقرابة الحواشى أو القرابة على الخط غير المستقيم (ligne collatérale) وذلك كالأخ وأخته والعم وبنت أخيه . . . [١] ويحسب عدد درجات القرابة فى الخط المستقيم بعدد الاشخاص دون الأصل ، أو بعبارة أخرى يكون عدد الدرجات على قدر عدد الولادات التى تحدث . فبين الأب وابنته درجة واحدة ، وتعتبر البنت فى الدرجة الأولى بالنسبه لأبيها ، وتعتبر فى الدرجة الثانية بالنسبة لجدها ، لأن بينها وبين هذا الأخير ولادتان . . . أما فى احتساب درجة الحواشى ، فتعد الدرجات صعودا من الفرع إلى الأصل المشترك ، ثم نزولا من الأصل المشترك إلى الفرع الآخر وكل فرع فيما عدا الاصل المشترك يعتبر درجه [٢] .

---

(١) أنظر المادتين ٣٤ و ٣٥ من القانون المدنى .

(٢) المادة ٣٦ من القانون المدنى . وأنظر كذلك المادة ٦٦ فقرة ٤ من الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية حيث تنص على أن « القرابة الدموية تحسب على خطوط ووجوه (درجات) . فى الخط المستقيم ، عدد الوجوه بقدر الأشخاص ما عدا الأصل . أما فى الخط المنحرف ، فعدد الوجوه بعدد الأشخاص فى كلا الجانبين ما عدا الأصل » .

وقد ضرب ابن العسال لنا مثلا لطريقة احتساب درجة القرابة الجانبية أو قرابة الحواشى قائلا : « فأما حساب عدد الولادات فى كون بنت العم رابعة مثلا فنقول : أبى أولدنى ، وجدى أولده ، فهذه ولادتان . وجدى أولد عمى وعمى أولد ابنته ، فهى ولادة رابعة » (ص ١٩٤ - ١٩٥ من ابن العسال ، المرجع السابق) .

ونبين فيما يلى حكم قرابة الدم المباشرة أو على الخط المستقيم ، وقرابة الدم غير المباشرة أو قرابة الحواشى.

(١) **قرابة الدم المباشرة** : وهى القرابة على الخط المستقيم (la consanguinité en ligne directe) تعتبر هذه القرابة مانعا مبطلا للزواج فى المذاهب المسيحية جميعها[1]. فمتى قامت هذه القرابة كان الزواج باطلا ، حتى ولو كان الطرفان حسنى النية . والزواج يعتبر باطلا فى هذه الحالة فى أى درجة من درجات القرابة . وعلى ذلك فإنه يحرم على الشخص التزوج بأصوله وإن علوا وبفروعه وإن نزلوا ، مهما كان عدد درجات القرابة بين الطرفين. فيحرم على الشخص أن يتزوج من أمه وجدته وإن علت ، ومن بنته وبنت بنتهوبنت ابنه وإن نزلت . وكما يحرم على الرجل التزوج بمن ذكرن ، فإنه يحرم على المرأة التزوج بنظيره من الرجال ؛ بمعنى أنه يحرم على المرأة التزوج من أبيها وجدها وإن علا ، ومن ابنها وابن ابنها وإن نزل .

وقرابة الدم تبطل الزواج ، حتى لو كانت الصلة بين الأصل والفرع صلة غير شرعية (illégitime) . فإذا ما وجد ولد طبيعى (enfant naturel) مثلا فى العلاقة بين أصل وفرع ، فإن وجوده لن يغير شيئاً من رابطة الدمالتى تربط بينهما ، وبالتالى يقوم المانع بين الأصل والفرع[1]. على أنه إذا كانت

---

(١) أنظر بالنسبة للطوائف الأرثوذكسية المادة ٢٠ والمادة ٢١ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ لدى الأقباط ، والمادة ٤/١ من قواعد الروم ، والمادة ٦ من قواعد الأرمن والمادة ١٤ وحاشيتها من قواعد السريان . وبالنسبة للانجيليين انظر المادة ٧ وقد ذكر النص تعدادا للمحارم ، سواء بالنسبة للرجل أو للمرأة . وأنظر أيضا المادة ٦٦ فقرة أولى من الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية ، وكذلك المادة ٧٢ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لفيليب جلاد .

(٢) ويقول ابن العسال فى هذاالصدد إنمن التزويج الممنوع « زيجة القرائب بالطبع =

القرابة ، شرعية أو غير شرعية، تبطل الزواج على النحو السابق، فانه قد يحدث ألا يتسنى الكشف عن عدم شرعية الرابطة التى قد توجد فى العلاقة بين الأصل والفرع .

(ب) قرابة الدم غير المباشرة : وهى قرابة الحواشى ـ la cons an) guinitè en ligne collatérale) ، يختلف الحكم بالنسبة لها ؛ وإذا كانت المذاهب المسيحية جميعها تتفق على اعتبار قرابة الدم المباشرة مانعا مبطلا للزواج فى أى درجة من درجات القرابة ، فإن الوضع يختلف بالنسبة لقرابة الحواشى ، إذ يوجد خلاف بين المذاهب المسيحية فى هذا الصدد . ولا يقتصر الخلاف بينها على عدد الدرجات التى يقوم فيها تحريم الزواج ، بل إن الخلاف بينها يبدو كذلك من حيث التفرقة بين الأقارب الذين يعتبر الأصل الجامع لهم الأبوان ، وهم الأخوة والأخوات وذرياتهم، وبين الأقارب الذين يعتبر الأصل الجامع لهم الجدان ، وهم الأعمام والعمات والأخوال والخالات وذرياتهم[1].

= ولولم يكونوا من تزويج ناموسى » . ويقصد بذلك أن المانع يقوم فى صلة ذوى القربى حتى ولو لم تكن القرابة ناشئة عن صلة شرعية أى من زواج صحيح . ويدخل هذا المانع فى الاعتبار سواء بالنسبة للقرابة المباشرة أو قرابة الحواشى ، أنظر ابن العسال ، السابق ، ص ١٩٣ ، وكذلك قوانين ابن لقلق ، ملحق ابن العسال ص ٢٠ - ٢١ . وهو ما تنص عليه بعض الطوائف كذلك (أنظر المادة ٦ من مجموعة الأرمن الأرثوذكس) .

وقد بينت الارادة الرسولية للكاثوليك الأحكام السابقة فى المادة ٦٦ فقرة أولى فنصت على أن « الزواج لاغ (nul) فى الخط المستقيم من القرابة الدموية بين الاقارب الصاعدين والنازلين » شرعيين (légitimes) كانوا أم طبيعيين (naturels) .

(١) والواقع أن الخلاف بين الكنائس فى هذا الشأن يرجع إلى أمور تتعلق بالسياسة العامة لبعض الطوائف من حيث خشية انقراض تابعيها وقلة عددهم . وقد بين ابن العسال (السابق ص ١٩٣ـ١٩٤) أن النصارى فى هذا الضرب على رأيين : الأول : منع ثلاث =

وتفرق الكنيسة المصرية للأقباط الأرثوذكس بين قرابة فروع الأبوين وقرابة فروع الجدين . فبالنسبة لقرابة فروع الأبوين وهم الأخوة والأخوات **ونسلهم** يعتبر التحريم عاما ، لا يقف لدى درجة معينة من درجات القرابة . فليس للرجل أن يتزوج أخته ولا بنت أخته ولا بنت أخيه وإن نزلت وكذلك لا يجوز للمرأة أن تتزوج أخاها ولا ابن أخيها ولا ابن ابنه وإن نزل. لا فرق فى ذلك بين أن يكون الأخ شقيقا أو لأب أو لأم .

أما بالنسبة لقرابة فروع الجدين ، وهم الأعمام والعمات والأخوال والخالات فيمنع الزواج بينهم حتى الدرجة الثالثة . وبمعنى آخر تمنع القرابة من الزواج بالأعمام والعمات والأخوال والخالات **دون نسلهم** . وعلى ذلك يحرم على الرجل أن يتزوج بعمته وعمة أصوله ؛ وخالته وخالة أصوله ، ولكن تحل له بنات الأعمام والعمات ، وبنات الأخوال والخالات ، لأنهن فى الدرجة الرابعة .

وكما يحرم على الرجل أن يتزوج بمن ذكرن ، يحرم على المرأة التزوج

ولادات وأجاز الرابعة ومابعدها وهم القبط والنساطرة والسريان . واعتمدوا على أن قوانين الرسل لما لم تتضمن ذلك وقوانين مجمع نيقية المتفق عليها وأكثر قوانين الملوك لما لم تمنع الزيجة من الولادة الرابعة فى جملة ما منع ، جاز لرؤساء الكهنوت أن يحلوا فيها ويربطوا بما تقتضيه المصلحة ولا يضاد الشريعة ، وقد تبين فى الباب الأخير أن هذا جائز لهم . ولما رأوا أنهم قد صاروا ذمة وقلت عدتهم فى أكثر بلادهم حتى لم يجد الشبان والشابات من الولادة السابعة وما بعدها من تحصل معه زيجته ، وأفضى ذلك إلى فساد عفة المتغلبين من الشهوة وربما تعدى إلى الخروج من الايمان بسبب ذلك ، رأوا أن من المصلحة إباحة الزيجة من الولادة الرابعة » .

والرأى الآخر منع من ست ولادات وأجاز السابعة وهم الملكيون ، واعتمدوا على ما تضمنه رابع التطلس السابع وهو قولهم : إن كان درجة رابعة فان من هذه الدرجة لا يجوز أيضا أن يكون تزويج ، فلا يجوز زيجة بنى الاعمام . وعلى ما ورد أيضا فى قوانين مجامعهم الخاصة بهم . ولما رأى الذمة منهم ما عرض لهم من الفساد المقدم ذكره طالعوا رؤساءهم الذين فى بلاد ملوكهم فأطلقوا لهم السادسة واعتمدوا على ذلك ولم يفدهم إلا قليلا . واستمروا فى باقى المشقة حتى أن منهم من يتزوج لذلك من غير فرقتهم » .

بنظيرهن من الرجال . ويحل للمرأة أبناء الأعمام والعمات ، وأبناء الأخوال والخالات[1] .

هذا بالنسبة للأقباط الأرثوذكس . ويقرب منه ماجاء بالنسبة للسريان[2] . أما بالنسبة للكنائس الأخرى فلا توجد تفرقة بين الأقارب الذين يعتبر الأصل الجامع لهم الأبوان ، أى فروع الأبوين ، والأقارب الذين يعتبر الأصل الجامع لهم الجدان ، أى فروع الجدين . ولكن الخلاف بينهم يقوم فقط بالنسبة للدرجات التى يشملها المنع . فمن الكنائس ما يمنع الزواج بين أقارب الحواشى حتى الدرجة الخامسة ، مع دخول الدرجة الخامسة فى المنع ، وهذا هو الشأن بالنسبة للروم والأرمن[3] . ومن الكنائس ما يمنع الزواج بين هؤلاء الأقارب حتى الدرجة السادسة مع دخول هذه الدرجة فى المنع ، وهؤلاء هم الكاثوليك بصفة عامة . وقد نصت المادة ٦٦ (البند ٢) من الإرادة

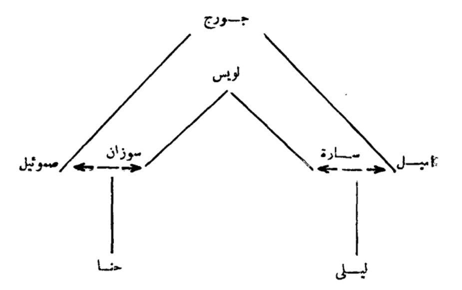
---

(١) أنظر المدة ٢٠ و ٢١ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس . وقد ذكر ابن العسال هـذا النوع من المحارم وسماهم القرائب من الجانب حيث يقول : « .. والذين من الجانب وهم العمات والخالات والأخوة وأولاد الأخوة ، فان هؤلاء أيضا من السلالة لأنهم مولودون من الآباء والاجداد » . وجاء أيضا فى الخلاصة القانونية (المسألة ١٧) أن الأقارب من الجانب « هم الأخوة والأخوات ونسلهم ، والأعمام والعمات والاخوال والخالات ، دون نسلهم » .

(٢) إذ يفرق السريان كذلك بين أقارب الحواشى من فروع الوالدين وأقارب الحواشى من فروع الجدين مع مراعاة أن شريعتهم تختلف بالنسبة للحالة الثانية عن الاقباط ، إذ أنها رفعت الدرجة التى يبطل فيها الزواج إلى الخامسة مع دخول الدرجة الخامسة فى المنع (أنظر حاشية المادة ١٤ للسريان — وانظر كذلك المادة ١٥ حيث تجعل التفسيح بما دون الوجه الخامس منوطا بالبطريركية) .

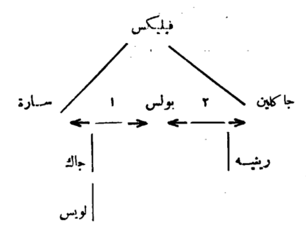
(٣) أنظر المادة ١/٤ بالنسبة للروم الارثوذكس والمادة ٧ بالنسبة للأرمن الأرثوذكس مع مراعاة ما جاء بالمادة ٨ بالنسبة للارمن ، إذ تجيز للرئيس الدينى أن يأذن بالزواج حتى الدرجة الرابعة بصفة استثنائية .

الرسولية على أن « الزواج لاغ فى الخط المنحرف حتى الوجه السادس بالتضمن .... » (أى بدخول الوجه السادس) . ويضيف النص نفسه أن مانع الزيجة يتعدد كلما تعدد الأصل بالجامع . وهذا النص يحتاج إلى إيضاح . فاذا تزوج أخوان بأختين فإنه توجد بين ولديهما قرابة مزدوجة حيث يلتقيان عند جدهما لأبيهما وكذلك عند جدهما لأمهما .. فلو أن جورج مثلا أنجب ولدين هما إميل وصموئيل ، وأن لويس أنجب ابنتين هما سارة وسوزان ، ثم تزوج ولدا جورج بابنتى لويس (إميل بسارة وصموئيل بسوزان) ، وأنجب الأولان ليلى وأنجب الآخران حنا . فانه توجد بين ليلى وحنا قرابة مزدوجة حيث يلتقيان عند جدهما لأبيهما (جورج) وعند جدهما لأمهما (لويس) . ويوضح الرسم التالى هذا المثل :



وقد تتعدد القرابة للتزوج زواجا متتاليا من امرأتين بينهما قرابة كأختين مثلا . فلو أن فيليكس أنجب ابنتين هما جاكلين وساره ، وجاء بولس فتزوج أولا بساره وأنجب منها جاك ، ثم أنجب جاك ولدا هو لويس ، ولما ماتت

زوجته تزوج بأختها جاكلين وأنجب منها رينيه . فى هذه الحالة يوجد بين رينيه ولويس قرابة مزدوجة إذ يلتقيان عند بولس وفيليكس ، وفى الحالة الأولى بينهما ثلاث درجات وفى الحالة الثانية بينهما خمس درجات ، كما يتضح ذلك من الرسم [1] .



أما بالنسبة للانجيليين فقد أوردت القواعد الخاصة بهم تعدادا للمحرمات سواء بسبب قرابة الدم أم بسبب المصاهرة ، إذ نصت المادة السابعة على أنه فى حالة خلو الشرائع الروحانية للكنيسة التابع لها الطرفان من نص صريح يحدد درجات القرابة المحرمة للزواج فإنه لا يحل للرجل أن يتزوج بجدته (لأمه أو لأبيه) ، وبحماته وأمه ، وعمته وخالته ، وأخت زوجته ، وأخته (شقيقته) ، وزوجة جده ، وزوجة أبيه ، وزوجة عمه ، وزوجة خاله ، وزوجة أخيه ، وزوجة ابن أخيه ، وزوجة ابن أخته ، وزوجة ابنة (كنته) ، وبنت أمه ، وبنت أبيه وبنت أخيه ، وبنت أخته ، وبنت أخى زوجته ، وبنت أخت زوجته ، وبنته ، وحفيدته ، وبنت زوجته ، وبنت بنت زوجته ، وبنت ابن زوجته ، وبنت زوجة أبيه .

---

(١) أنظر كذلك : Fourneret ، السابق ص ٢٠١ وما بعدها .

وقد أورد النص كذلك أنه لا يحل للمرأة التزوج بمن يقابل من ذكرن من الرجال .

١١٩ — (٢) **قرابة المصاهرة** (L'affinité ou L'alliance) : تنشأ قرابة المصاهرة من الزواج الصحيح ، حتى ولو لم يكن مكتملا[1] . والمصاهرة تربط كلا من الزوجين بجميع أقارب الدم للطرف الآخر ، وهى لهذا تعتبر مانعا من موانع الزواج ؛ ذلك أنه بالزواج يدخل كل من الزوجين بصورة ما فى أسرة الآخر ، وبذلك يتسنى له الحياة فى صحبة أقاربه وعشيرته ، وهذا ما يقتضى حماية الروابط بينهم . ثم إنه بالزواج يصير الزوجان جسدا واحدا يتشاركان المحبة والصلات ، ولذلك يمكن القول إن أقارب أحدهما يصيران فى صورة ما أقارب للآخر [2] . ويختلف الحكم بالنسبة لمانع المصاهرة باختلاف الكنائس .

فعند الأقباط الأرثوذكس تمنع المصاهرة من زواج الرجل : (ا) بأصول زوجته وفروعها : فلا يجوز له بعد وفاة زوجته أن يتزوج بأمها أو جدتها وإن علت ، ولا بنتها التى رزقت بها من زوج آخر ، أو بنت ابنها أو بنت بنتها وإن سفلت . (ب) بزوجات أصوله وزوجات فروعه وأصول أولئك الزوجات

---

(١) المادة ٦٨ من الارادة الرسولية .

(٢) أنظر : Galtier ، السابق ، ص ١٦٨ .

ويرجع تحريم الزواج بسبب المصاهرة إلى ما جاء فى التوراة (أنظر سفر اللاويين الاصحاح ١٨ ، الآيات ٨ — ١٨ والاصحاح ٢٠ الآيات من ١١ إلى ٢٢) وكذلك فى القانون الرومانى . أنظر فكرة تاريخية عن هذا الموضوع فى : De Smet ، السابق ص ٤٨٦ ، ٤٨٧ ، Fourneret ، السابق ص ٢٣٠ ، — دوفيلييه ودوكليرك : فى القانون الكنسى الشرقى ، السابق ص ١٣٦ وما بعدها ، — شارل دوكليرك ، السابق ص ٣٥٠ ، — Galtier السابق ، تحت المادة ٦٧ و ٦٨ من الإرادة الرسولية .

وفروعهن ، ولا بزوجات أعمامه وأخواله : فلا يجوز له أن يتزوج بزوجة والده أو جده ، أو أمها أو جدتها ؛ أو بنتها أو بنت ابنها أو بنت بنتها . ولا بزوجة ابنه أو حفيده أو أمها أو جدتها أو بنتها أو بنت ابنها أو بنت بنتها . (ج) بأخت زوجته ونسلها وبنت أخيها ونسلها . (د) بزوجة أخيه وأصولها وفروعها (هـ) بعمة زوجته وزوجة عمها وخالتها وزوجة خالها . (و) بأخت زوجة والده وأخت زوج والدته وأخت زوجة ابنه وأخت زوج بنته .

ويراعى بالنسبة لكل ما سبق أن مايحرم على الرجل يحرم على المرأة[1] .

وعند الطوائف **الكاثوليكية** تنشأ المصاهرة — وتسميها الارادة الرسولية بالقرابة الأهلية — من الزواج الصحيح ولو كان غير مكتمل . وهذا ما أخذ به القانون الكنسى للطوائف الغربية على خلاف القانون الكنسى السابق عندهم ، إذا كانت المصاهرة تنجم عن كل اتصال جسدى سواء كان هذا الاتصال

---

(١) المادة ٢١ و٢٢ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس . وانظر أيضا قوانين ابن لقلق فى ملحق ابن العسال ص ١٩٦ ، والخلاصة القانونية ٢ المسألة ١٧ (رابعا) .

ويراعى أن البعض أباح التزوج بأخت الزوجة أو بامرأة الاخ ، لأنه لم يكن ثم مانع خلاف الأوامر الملوكانية الصادرة عن ذلك (شرح الخلاصة القانونية لجرجس فيلوثاؤس عوض ، المرجع السابق ، ص ٣٧ بالهامش) .

وعند **الطوائف الارثوذكسية الاخرى** نجد أن درجة التحريم عند السريان تقاس على درجة التحريم المقابلة لها فى القرابة الطبيعية ، مع جواز التفسيح من المانع للبطريركية . (وانظر المادة ١٦ من مجموعة السريان فى شأن القرابة النسبية) . أما عند الأرمن والروم فقد ورد نص عام يفرق بين القرابة فى الخط المستقيم ، ويقوم المانع فيها مهما بعدت الدرجة والخط غير المستقيم أو قرابة الحواشى ، ويقوم المانع فيها حتى الدرجة الرابعة مع احتساب الغاية أى إنما فيها هذه الدرجة . وقد نصت المادة ٤ من القواعد الخاصة بالروم كذلك على أنه لا يجوز زواج زوج الام مع كنته وزوجة الاب مع صهرها . كما أجازت المادة ٨ من مجموعة الارمن للرئيس الدينى أن يبيح الزواج بالاصهار لغاية الدرجة الثالثة بصفة استثنائية .

مشروعا عن طريق الزواج أو غير مشروع ، أى بدون الزواج ؛ فقد كانت قرابة المصاهرة تنشأ عن مجرد الفعل المادى ذاته بصرف النظر عن مشروعيتها أو عدم مشروعيتها ، أى بصرف النظر عن وجود زواج صحيح أم لا .

ويوجد لدى الطوائف الـكاثوليـكية ثلاثة أنواع من القرابة الأهلية : نوعان منها ينشآن عن اتحاد شخصين من جنسين غريبين فى حياةزوجية ، وقد سمتهما الإرادة الرسولية (مادة ٦٨) بالقرابة الأهلية الأصلية . والنوع الثالث يتولد عن اتحاد ثلاثة أجناس فى زواج شخصين ، وقد أسمته الارادة الرسولية بالقرابة الأهلية الفرعية . وهذه الأنواع الثلاثة قد حددتها الارادة الرسولية فى المادة ٦٨ وبينت طريقة احتساب درجاتها على الوجه التالى :

النوع الاول : هو القرابة الأهلية الأصلية التى تنشأ من الزواج الصحيح وإن كان غيرمكتمل . وتقوم بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر الدمويين.

ومقدار قرابة شخص لأحد الزوجين قرابة دموية هومقدار قرابته الأهلية للزوج الآخر سواء من حيث خط القرابة أو درجتها [1] . فالقرابةفى هذه الحالة تحتسب بحيث أن من يكون قريبا دمويا للزوج يعتبر صهرا فى نفس الخط ونفس الدرجة بالنسبة إلى الزوجة والعكس بالعكس . وبمعنى آخر أن من كان قريبا للزوج قرابة حواشى فهو صهر للزوجة كذلك على هذا النحو .

وعلى ذلك فان أم الزوجة ، وهى قريبة لها قرابة دموية من الدرجة الاولى على الخط المستقيم ، تعتبر قريبة لزوج ابنتها قرابة مصاهرة من الدرجة الأولى

---

(١) المادة ٦٨ من الارادة الرسولية البند الاول ١ ، ٢ ، ٣ .
وتنص المـادة ٣٧ من القانون المدنى على أن « أقارب أحد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر » .

على الخط المستقيم . وأخت الزوجة وهى قريبة لها قرابة دموية من الدرجة الثانية على الخط غير المستقيم (قرابه حواشى) تعتبر قريبه لزوج أختها قرابة مصاهرة على الخط غير المستقيم كذلك وفى الدرجة الثانية . . . وهكذا .

وهذا النوع من القرابة يبطل الزواج على الخط المستقيم فى جميع الدرجات بدون تحديد ، وفى الخط المنحرف (قرابة الحواشى) حتى الدرجة الرابعة[1] . وعلى ذلك يبطل الزواج بأم الزوجة وجدتها وإن علت وبنتها (من غيره) وبنت بنتها أو بنت ابنها وإن نزلت . وكذلك يبطل زواج الزوجة ـ بعدوفاةزوجها ـ بأبيه أو جده وإن علا ، وبابنه (من زوجة أخرى) ، وابن ابنه وإن نزل ، لأن قرابة كل هؤلاء قرابة على الخط المستقيم للمتوفى من الزوجين[2] . أما بالنسبة لقرابة الحواشى فيمتد المنع حتى الدرجة الرابعة . وعلى ذلك يبطل الزواج إذا تم بين الزوج — بعد وفاة زوجته — وبنت أخت زوجته ، لأن بنت الأخت فى الدرجة الثالثة . وكذلك يبطل زواجه ببنت عمها لأن بنت العم فى الدرجة الرابعة . وكذلك الحكم لو كان الذى توفى هو الزوج لا الزوجة، فيبطل الزواج الذى تعقده أرملته مع أخيه أو ابن أخيه ، لأن الأخ فى الدرجة الثانية وابن الأخ فى الدرجة الثالثة ، أو مع عمه أو ابن عمه ، لأن العم فى الدرجة الثالثة ، وابن العم فى الدرجة الرابعة على الخط غير المستقيم ، وهكذا .

وهذا النوع من موانع القرابة الأهلية يتعدد بطريقتين فقط: (١) فهو يتعدد أولا « بتعدد مانع القرابة الدموية الناشى عنه » . (٢) ويتعدد ثانيا « بعقد

---

(١) أنظر البند ١ مادة ٦٧ من الارادة الرسولية .

(٢) قارن ما جاء بالنسبة للأقباط الأرثوذكس فى المادة ٢١ .

زواج ثان أو تال مع أحد أقرباء الزوج المتوفى الدمويين[1] » .

النوع الثانى : وهو القرابة الأهلية الأصلية التى تنشأ عن زواج صحيح وإن كان غير مكتمل، وتنشأ أيضا بقوة الحق الخاص (de droit particulier) بين أقارب الزوجين الدمويين ، أى بين أقارب الرجل الدمويين وأقارب المرأة الدمويين .

وطريقة احتساب هذه القرابة أن تكون درجة القرابة الأهلية معادلة لمجموع درجات القرابة الدموية الحاصلة بين من هما قريبان قرابة أهلية من جهة ، والزوجين اللذين نشأت عن زواجهما القرابة الأهلية من جهة أخرى[2] . ومعنى ذلك أن تكون درجة القرابة بالمصاهرة معادلة لمجموع درجات القرابة الدموية التى بين كل من الصهرين وقريبة من الزوجين . فاذا تزوج رجل امرأة نشأت قرابة مصاهرة بين أخ الزوج وأخت الزوجة ، ويعتبر كل منهما صهراً للآخر من الدرجة الرابعة ، لأن بين كل منهما وبين قريبه من الزوجين درجتان. وكذلك تنشأ هذه القرابة مثلا بين خال الزوج وخالة الزوجة ، فيعتبر كل منهما صهراً للآخر من الدرجة السادسة ، لأن بين كل منهما وبين قريبه من الزوجين ثلاث درجات .

وقد نصت المادة ٦٧ (بند ١ ثانيا) من الارادة الرسولية على بطلان الزواج فى هذا النوع من القرابة الأهلية حتى الدرجة الرابعة بما فيها هذه الدرجة [3] .

---

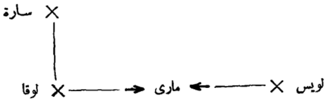
(١) مادة ٦٧ بند ٢ من الارادة الرسولية . وانظر فى هذا الخصوص : Galtier المرجع السابق ص ١٧٥ .

(٢) أنظر المادة ٦٨ بند ٢ من الارادة الرسولية .

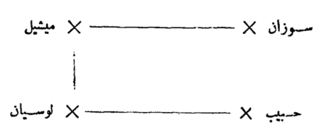
(٣) ولم يتكلم النص عن كيفية تعدد المانع فى هذه الحالة ، ويفسر ذلك ندرة هذه الحالة نظراً لانقاص المنع إلى الدرجة الرابعة ولكن يبدو مع ذلك أن المبدأ نفسه ينبغى تطبيقه . أنظر : Galtier ، السابق ص ١٧٦ .

النوع الثالث : هو ما أسمته الارادة الرسولية بالقرابة الأهلية الفرعيــة : وتنشأ القرابة الاهلية الفرعية أيضا بقوة الحق الخاص عن زواجين صحيحين ، ولو كانا غير مكتملين ، وذلك : (١) إذا أبرم شخصان عقد زواج مع شخص ثالث بعينه ، الواحد تلو الآخر بعد انحلال الزواج ، (٢) أو إذا أبرم شخصان عقد الزواج مع شخصين تربطهما قرابة دموية . وحكم هذا النوع من القرابة أنه يبطل الزواج فى الدرجة الأولى .

ففى الفرض الأول وهو فرض إبرام شخصين عقد زواج مع ثالث بعينه ، يكون تصوير الوضع على النحو الآتى : يتزوج لويس عن مارى أرملة لوقا ، وبذلك تكون هناك قرابة مصاهرة مع أم الزوج الأول (لوقا) المسماة سارة ، قرابة من الدرجة الأولى . ونفس الحكم يكون بالنسبة لبنت لوقا من زوج سابق على زواجه بمارى .



أما عن الفرض الثانى وهو حالة إبرام شخصين عقد الزواج مع شخصين تربطهما قرابة دموية ، فيمكن تصويرها على الوجه الآتى : لوفرضنا أن سوزان أرملة ميشيل ، وأن حبيب أرمل لوسيان ابنة ميشيل (من غير سوزان) ، فإن لوسيان كانت تعتبر قريبة لسوزان عن طريق المصاهرة ، ويعتبر ميشيل بالنسبة إلى حبيب فى الدرجة الاولى بالمصاهرة من النوع الأول ، لكنهما يشركان زوجتيهما فى قرابتهما بالمصاهرة . وينتج عن ذلك قرابة مصاهرة من النوع الثالث فى الدرجة الأولى بين سوزان وحبيب . ولا يجوز لزوجة الأب (سوزان) أن تتزوج بحبيب أرمل ابنة زوجها .



وطريقة عد هذه القرابة الأهليه القائمة بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر الأهليين ، أن من كانوا أقرباء للرجل قرابة أهلية أصلية عن زواج آخر يعتبرون أقرباء المرأة قرابة أهلية فرعية فى نفس الدرجة وبالعكس .

وكلما قامت هذه القرابة الأهلية بين أقرباء أحد الزوجين الدمويين وأقرباء الزوج الآخر الأهليين ، جرى عدها بأن يكون عدد الدرجات بقدر مجموع درجات القرابة الدموية والقرابة الأهلية الأصلية الحاصلة بين القريبين قرابة أهلية والزوجين اللذين تنشأ عن زواجهما القرابة الأهلية(١) .

١٢٠ — (٣) القرابة الروحية (La parenté spirituelle) :

القرابة الروحية هى القرابة الناشئة عن العماد المقدس والتى تقوم بين خادم سر العماد وهو الشبين (أو الأشبين) (parrain) من جهة ، وبين الشخص المعمد ووالديه من جهة أخرى . ذلك أن الشبين يعتبر بالنسبة للطفل المعمد بمثابة الأب الروحى ، وتنشأ بينهما قرابة روحية يترتب عليها قيام صلة قرابة كذلك بالنسبة لوالدى الطفل الحقيقيين . ولاسيما إذا أدخلنا فى الاعتبار أن الاشبين يأخذ على عاتقه واجب السهر على تربية الطفل .

وقد رأى كثير من المسيحيين أن زواج الرجل بامرأة يوجد بينها وبينه — بأى سبيل من السبل — إخاء روحى ناشىء عن العماد . يعتبر خطيئة كبيرة لا تداوى . وعلى ذلك فمن غير اللائق أن يقترن الاشبين بمن أصبح ولدا له .

---

(١) المادة ٦٨ من الارادة الرسولية البند ٣ (٣ً و ٤ً) .

ولقد غالى البعض بالنسبة لهـــذا المانع وخاصة بعد أن وضع مجمع القصر (٦٩١ـ٦٩٢) مبدأ يقضى بأن القرابة الروحية أعظم من اقتران الاجساد . واستناداً إلى ذلك حاول البعض مد المانع بالنسبة للقرابة فى الخط المستقيم ثم مده كذلك بالنسبة لقرابة الحواشى . ولـكن فيما بعد حصر نطاق هذا المانع واختلف موقف الـكنائس بالنسبة له .

فعند **الاقباط الأرثوذكس** نجد أن الـكنيسة قد تغيرت نظرتها إلى هذا المانع . فأقره الفقه التقليدى فى البداية ، إلا أنه لم يرد ضمن موانع الزواج ، سواء فى تقنين سنة ١٩٣٨ أم فى تقنين ١٩٥٥ .

وقد عرضت قوانين ابن لقلق لهذا المانع ضمن الزيجات الممنوعة وبينت حكمه حيث جاء : « أما أشابين المعمودية فالشرط فيهم أن لا يقبل الذكر الأنثى ولا الانثى الذكر . فالقابل والمقبول لايتزوج أحدهما بأولاد الآخر ، ولا بأولاد أولاده ، ولا بأخوته وأولادهم ، ولا بأخواته ويتزوج بنسل أخواته لأنهم من رجل غريب ولا بآبائه وأجداده وأعمامه وعماته وأخواله وخالاته ، ولا بزوجة أولاد القابل بأولاد المقبولة ، ولا بأولاد أولاده . وتتزوج أولاد المقبول بأولاد القابل ونسلهم . ولاتتزوج بنت امرأة برجل قبله زوجها ولا ابن رجل بالتى قبلتها زوجته »[1] . ويبين لنا من هذا أن قوانين ابن لقلق قد توسعت فى هذا المانع ومدته إلى ذوى القربى ليس فقط على الخط المستقيم ، بل وأيضا إلى قرابة الحواشى . وقدكان هـــذا هو الاتجاه الذى غلب على مسيحيى العصر الذى وضعت فيه قوانين ابن لقلق .

أما ابن العسال فانه يضيق من نطاق هذا المـانع عما أوردته قوانين ابن

---

(١) ملحق ابن العسال ص ٢١ .

لقلق ، كما يجيز كذلك أن يكون أشابين المعمودية رجالا أو نساء على حد سواء[1]. ويقرب من هذا ما أوردته الخلاصة القانونية ضمن موانع الزواج[2]

هذا هو الحكم بالنسبة للكنيسة القبطية الأرثوذكسية[3].

---

(١) ويقول ابن العسال فى هذا الصدد إن « المقبول والقابل لا يتزوج أحدهما بالآخر ، ولا بوالديه ، ولا بأولاده،ولا بأولاد أولاده ، ولا بزوجه ، ولا أولاد أحدهما بأولاد الآخر. ولا تزوج المرأة بنتها للرجل الذى يقبله زوجها من المعمودية ، وكذلك الرجل لا يزوج ابنه لمن قبلتها زوجته . هؤلاء كلهم قد صارت بينهم قرابة روحانيـــة . ومن فعل ذلك فلينزل بمنزلة الوثنى والعشار حتى يفترقا ويندما على خطيتها . وأما غير المذكورين فالزيجة بينهم مباحة » . (ابن العسال ، السابق ص ١٩٥) . ويقول أيضا : « وقد ورد فى أشابين الزيجة قول وهـــو غير متفق عليه ولا معمول به ، قيل لا زيجة بينهم وكذلك أولادهم ولا مغفرة لهـذه الخطيـة الروحانية إلا بالمفارقة والتوبة وينبغى أن تكون بالرهبنة لمن أراد خلاص نفسه » .

(٢) أنظر المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية . وقد جاء فى شرح الخلاصة القانونية لجرجس عوض (المرجع السابق ص ٣٥ بالهامش) تعليقا على ما جاء فى هذا الصدد بالمسألة ١٧ أن الكنيسة القبطية لم تكن بادىء أمرها تعتبر القرابة الروحية ، ولكنها دخلت من عند الروم ولقد أخذوا يزيدون فيها وينقصون ، ولكن الكنيسة القبطية اتبعتها على حالها الأولى ، ولذلك ذكرها المجموع الصفوى لابن العسال والقانون الكيرلسى لابن القلق . غير أن هذه القرابة لم تراع الآن إلا إذا أثبتت رسميا . ولذلك لم تكن مرعية لأنه إذا روعيت كانت نســاء القبط كلهن مطلقات لاقتبالهن لأولادهن من المعمودية .

ولم يرد فى الكتاب المقدس نص بشأن هذا المانع من موانع الزواج .

(٣) أما بالنسبة **للكنائس الأرثوذكسية الأخرى** فان هذا المانع يعتد به لدى الروم والسريان . فقد نصت المادة ٤ من القواعد الخاصة بالروم على هذا المانع بين الموانع النسبية فقررت أنه لا يجوز زواج العراب (الأشبين) مع من هو عرابها ولا مع والدتها ولا مع ابنتها . أما السريان فانهم يحرمون الزواج بين المعتمد وإشبينه وأولاد هذا الاشبين حتى الوجه الرابع . وقد جاء فى حاشية المادة ١٩ من مجموعة السريان أن مار يعقوب مطران الرها قال عن الزواج الذين بينهم قرابة معمودية « إنه لم يحرم فى القوانين الكنسية ولكن بما أنه يسبب الشكوك للمؤمنين فلا يجب إجراؤه » .

هذا ولم يرد فى القواعد الخاصة بالأرمن ولا القواعد الخـاصة **بالانجيليين** نص على القرابة الروحية كمانع من موانع الزواج .

أما بالنسبة **للطوائف الكاثوليكية** ، فان القرابة الروحيــة تبطل الزواج على النحو الذى بينته الارادة الرسولية فى المادة ٧٠ منها ، إذ نصت على ما يأتى :

بند ١ — يبطل الزواج بالقرابة الروحية المنصوص عليها فى البند الثانى .

بند ٢ — (ا) العماد ينشىء قرابة روحية بين الاشبين من جهة والمعتمد ووالديه من جهة أخرى . (ب) إذا أعيد التعميد شرطا ، فلا تحصل للاشبين قرابة روحية إلا إذا قام هو نفسه بدور الإشبين فى إعادة التعميد » .

وطبقا لهذا النص لاتنشأ القرابة الروحية إلا من العماد الصحيح ، سواء تم هذا العماد بطريقة خاصة أو بطريقة احتفالية ، ما دام عمادا حقيقيا . وعلى ذلك فاذا كان العماد مشكوكا فيه ، لايوجد المانع من الزواج . وإذا ما أعيد التعميد لا يقوم المانع بالنسبة للإشبين إلا إذا قام هو نفسه بدور الإشبين فى إعادة التعميد (réitération du baptême) . هذا هو ما يلزم لقيام المانع من ناحية التعميد .

أما من جانب الاشبين فيتعين عليه قبول القيام بمهمته ومباشرتها على الوجه الصحيح ، ويجب أن يكون قبوله قبولا حراً على بينة من أمره ، كما يجب أن يباشر مهمته فى فعل التعميد [1] ، أو يقوم بذلك عن طريق وكيل معين بطريقة قانونية . وينبغى كذلك أن يكون الإشبين معينا بطريقة شرعية ، إما من والدى المعتمد أو من أحدهما أو من خورى الرعية [2] .

هذا ويراعى أن القرابة الروحية التى تتم بعد الزواج لا تعتبر مانعا من

---

(١) ويتم ذلك لدى الكنيسة الغربية بلمس المعتمد أوأخذه مباشرة من الكاهن بعد غسله

(٢) أنظر فى هذا Galtier : السابق وخاصة ص ١٨٤ — ١٨٥ . وكذلك Fourneret السابق ص ٢٢٤ — ٢٢٧ ، وخاصة بالنسبة للاجراءات التى تتم أثناء العماد .

استمراره . كما أنه لمعرفة ما إذا كان هناك مانع يكفى قراءة المحـرر الذى به التعميد ليتبين ما إذا كانت هناك قرابة روحيـة أم لا . وإذا ما كانت هناك قرابة روحية فانها تقوم فقط بين الاشبين من جهة والمعتمد ووالديه من جهة أخرى .

ويراعى أن مانع القرابة الروحية من الموانع الـكنسية ، ولذلك يمكن للـكنيسة التفسيح منه[1].

١٢١ – (٤) القرابة القانونية (التبنى) La parenté légale (l'adoption)

ينشأ هذا المانع عن التبنى . والتبنى نظام قانونى يقوم فيه شخص باتخاذ آخر ولدا له ، ويتخذه كابنه وينسبه إليه دون أبيـه . وقد اختلف موقف الـكنائس من هذا المانع على النحو التالى .

فعند **الاقباط الأرثوذكس** لا يجوز الزواج: (١) بين المتبنى والمتبنى وفروع هذا الأخـــير . (٢) بين المتبنى وأولاد المتبنى الذين رزق بهم بعد التبنى (٣) بين الأولاد الذين تبناهم شخص واحد . (٤) بين المتبنى وزوج المتبنى وكذلك بين المتبنى وزوج المتبنى .

هذه هى الحالات التى يعتبر فيها التبنى مانعا من الزواج فى الـكنيسة القبطية الأرثوذكسية[2].

---

(١) أنظر بالنسبة لحالة تعدد المانع Fourneret ، السابق ، ص ٢٢٦ .

(٢) ويعتبر التبنى مانعا من موانع الزواج لدى الروم والأرمن الأرثوذكس . فنصت المادة ٥٤ من القواعد الخاصة بالروم على أنه «لايجوز الزواج فى أثناء التبنى بين المتبنى والمتبنى» وكذلك الحكم بالنسبة للقواعد الخاصة بالأرمن (المادة ٩) . ولا يعتبر التبنى مانعا عند السريان ذلك أنهم يعتبرون القرابة الناشئة عنه قرابة بالوضع ، كقرابة الرضاع (أنظر المادة ١٤٥) ولـكنهم عند الكلام عن الموانع تكلموا عن مانع الرضاع فقط فى المادتين ١٧ و ١٨ ولم يتكلموا عن التبنى .

ولم يرد نص على التبنى باعتباره مانعا من موانع الزواج لدى الانجيليين .

وقد تكلم فقهاء الكنيسة المصرية للأقباط الأرثوذكس عن القرابة بالتبنى وهم يقربونه من القرابة بالرضاع ، لأن الأقارب بالتبنى يربون وينشأون معاً ، وهم ينزلون بسبب الاشتراك فى الرضاع أو فى التربية فى منزلة الأولاد وأولادهم ، والوالدين وآبائهم ، والعمومة والخئولة ، وزوجة الأب . وجاء فى المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية ضمن موانع الزواج أنه « لا يتزوج الرجل بزوجة من تبنى به ولا المرأة بزوج التى ربتها » . وهذا ما قاله ابن لقلق فى قوانينه ، وكذلك ما قاله ابن العسال . وقد ضرب هذا الأخير مثلا للقرابة بالتبنى . وقد أسموها بقرابة الوضع ، فقال : « جدى مثلا ربى صبية وكان أبى يدعوها أخته فهى عمتى بالوضع » .

ولكن تعاليم الرسل (الدسقولية) ندبت للانسان أن يزوج ولده بالفتاة العذراء اليتيمة التى رباها . ويقرر ابن العسال أمام تلك التعاليم الواردة فى الدسقولية أن هذا فيه ايضاح ورحمة ، ولذلك فهو أولى بالاتباع من المنع الذى جاءت به قوانين الملوك[1] .

أما عند **الطوائف الكاثوليكية** ، فقد قصر وجود المانع على وجوده فى التشريع المدنى . وفى هذا الصدد يتفق القانون الكنسى مع التشريع المدنى . فاذا لم يوجد هذا المانع فى التشريع المدنى اعتبر أنه غير موجود كذلك فى القانون الكنسى ؛ وإذا وجد فى التشريع المدنى كان كذلك فى القانون

---

(١) أنظر فى هذا ابن لقلق ص ٢١ ملحق ابن العسال ، الدسقولية : الباب ١٢ ، وابن العسال ص ١٩٥ - دوفلييه ودوكليرك ص ١٥٥ - ١٥٦ .

هذا وقد عادت الخلاصة القانونية إلى التكلم فى الموضوع نفسه فى الفصل الخاص بالمولودين الغير محقق نسبهم ، وبينت أحكام التبنى - أنظر المسألة ٣٧ من الخلاصة والتعليق عليها فى شرح الخلاصة القانونية لجرجس عوض ص ٩٩ .

الكنسى ، وكان له نفس المدى الذى يعطيه له التشريع المدنى ، وكذلك يكون له نفس الطابع من حيث كونه مانعا محرما فقط أم أنه مانع مبطل . وبمعنى آخر أن التبنى يعتبر مانعا كنسيا فى الحدود التى يعتبر فيها مانعا من الناحية المدنية .

ولعل ترك تحديد طبيعة هذا المانع للتشريع المدنى هو ما حدا بواضعى الارادة الرسولية إلى معالجة هذا المانع فى نصين متباعدين . فقد نص عليه فى المادة ٤٩ ضمن الموانع المحرمة ، حيث تقرر أنه إذا كان الشرع المدنى فى بلد ما يحرم الزواج بسبب علاقة الوصاية بين شخص وآخر ، أو بسبب القرابة القانونية الناشئة عن التبنى ، فان الزواج يعتبر كذلك محرما فى القانون الكنسى. وهذا النص يجعل مانع القرابة بالتبنى من الموانع المحرمة إذا كان التشريع المدنى يعتبره كذلك . ثم جاء بعد ذلك نص المادة ٧١ من الارادة الرسولية ضمن الموانع المبطلة ، ونص على « أن الذين يعدون غير قابلين (inhabiles) بقوة الشرع المدنى لعقد زواج بينهم بسبب الوصاية أو القرابة الشرعية الناشئة عن التبنى لا يستطيعون بقوة الشرع القانونى en vertu du droit canoniqui أن يعقدوا زواجا صحيحا فيما بينهم » . ويبين من ذلك أن المانع يعتبر مانعا مبطلا إذا كان المشرع المدنى يعتبره كذلك .

وبالرجوع إلى «قانون» الأحوال الشخصية للأقباط الكاثوليكية فى مصر نرى أن المادة ٢٩ منه تنص على أن القرابة الناشئة عن التبنى الصحيح قانونا تجعل الزواج باطلا : (ا) بين المتبنى والمتبنى. (ب) بين كل منهما وزوج الآخر (ج) بين كل طرف وفروع الآخر . (د) بين الحواشى إلى الدرجة الثانية بدخول الغاية[1] .

---

(١) وقانون الأحوال الشخصية المشار إليه مجموع فى المرجع لصالح حنق (الطبعة الاولى) ص١٩١ وما يليها .

ولكننا إذا رجعنا إلى القانون المدنى عندنا لوجدنا أنه لا ينظم مسألة التبنى ، وبالتالى فليس لمانع القرابة القانونية الناشىء عن التبنى أى أثر فيه[1] .

١٢١ مكرر — الوصاية والالوية : ويعالج القانون الكنسى مع مانع القرابة القانونية الناشئة عن التبنى مسألة أخرى خاصة بالولاية والوصاية. وتحريم زواج الولى أو الوصى من البنت التى لم تبلغ سن الرشد . وقد أقرت الارادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية هذا المانع وأعطته حكم مانع القرابة الناشئة عن التبنى وعلى ذلك فإن الولاية أو الوصاية تعد مانعا مبطلا أو محرما ، إذا كانت الشريعة المدنية تعتبرها كذلك .

وقد أشار ابن العسال إلى هذا المانع فقرر أن من التزويج الممنوع « زيجة الولى مع التى هو موكل فى تزويجها ، والوصى وابنه وأخوه مع التى هو موكل على مالها ، إلا إن تمت لها ست وعشرون سنة وقام الوصى بما يجب عليه من الحساب »[2] . ويعتبر صاحب الخلاصة القانونية أن هذا المانع من الموانع التى تمنع الزواج من قبل لكنه لا يوجب فسخه إذا اتفق حصوله ، بحيث يكون أخذ إذن الرئيس الشرعى بذلك[3] ولم يرد فى المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس ذكر للمانع الذى ينشأ عن الولاية أو الوصاية .

---

(١) وجدير بالذكر فى هذا المقام أن نبين أن الشريعة الاسلامية قد نسخت نظام التبنى الذى كان يجعل المتبنى ابنا لمن تبناه وذلك على أثر ما جاء فى القرآن الكريم بقوله تعالى : « وما جعل أدعياءكم أبناءكم ، ذلكم قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق وهو يهدى السبيل أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله ، فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم » . وعلى ذلك فمن صرح بأنه يتخذ عن طريق التبنى ولداً وهو ليس بولده ، فلا يترتب على هذا التبنى أى حق من الحقوق الثابتة بين الأبناء والآباء ، كما أن من تبنى فتاة كان له أن يتزوجها ، ما لم يوجد هناك مانع من الزواج . كما يصح للمتبنى أن يتزوج المرأة التى تبنته (عمر عبد الله ، فى الأحوال الشخصية ، السابق ص ٤٢٢) .

(٢) ابن العسال ، السابق ص ١٩٦ ، وانظر ابن لقلق فى ملحق ابن العسال ص ٢٢.

(٣) أنظر المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية .

١٢٢ - (٥) **الرضاع** : وقد عرفت بعض الكنائس — علاوة على أنواع القرابة المختلفة التى بيناها فيما سبق — نوعا آخر من القرابة هو القرابة الناشئة عن الرضاع . وهذه الكنائس هى الكنيسة السورية والأرمنية والقبطية ، وهى تتلاقى فى ذلك مع الشريعة الاسلامية[(١)] .

وقد عالج الفقه القبطى الأرثوذكسى هذا المانع مع المانع الخاص بالقرابة الناشئة عن التبنى ضمن ما أسموه بأبناء الوضع . فاذا أرضعت امرأة ذكراً أو أنثى إرضاعا تاما عن قصد كوالدة لولدها ، صار لذلك الولد قرابة وضعية مع تلك المرأة ، فيكون ابنها من الرضاع . وحكم هذه القرابة أنها تعتبر مانعا من الزواج ، فلا يتزوج أحد بمن أرضعته أمه إرضاعا تاما كوالدة لولدها ، ولا بأولاده ولا بآبائه[(٢)] .

وإذا كان هذا هو موقف الفقه متأثراً فى ذلك بالشريعة الاسلامية إلا

---

(١) دوفيليه ودوكليرك ، السابق ص ١٥٦ .

ولم يرد ذكر لهذا المانع لدى الطوائف الكاثوليكية بصفة عامة وكذلك لم تذكره القواعد الخاصة بالانجيليين ، ولذلك فلا يعتبر الرضاع مانعا من موانع الزواج .

(٢) وهذا ما جاء فى المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية (وانظر أيضا المسألة ٣٧) ، وهو نفس ما جاء بقوانين ابن لقلق « ملحق ابن العسال ص ٢١ » وانظر كذلك ابن العسال ، ص ١٩٥ ، فقد أورد ضمن موانع الزواج « زيجة القرائب بالوضع ولو زال بخروجهم عن الحجر ، أعنى ولو فارقوا الذين ربوهم ، وهم المنزلون بسبب الاشتراك فى الرضاع أو التربية فى منزلة الأولاد وأولادهم والوالدين وآبائهم والعمومة والخؤولة وزوجة الاب . ولا يتزوج الأب بزوجة من تبنى به . والوضع هو أن جدى مثلا ربى صبية ، وكان أبى يدعوها أخته ، فهى عمتى بالوضع . أو أمى أرضعت صبية وربتها معى ، فهى أختى بالوضع . هذا فى قوانين الملوك . فأما الدسقلية فندبت للانسان أن يزوج ولده باليتيم الذى رباه . وهذا فيه ايضاح ورحمة فهو أولى » .

أنه لم يرد ذكر لهذا المانع فى المجموعات الحديثة للأقباط ، وكذلك الحال بالنسبة للقواعد الخاصة بالأرمن[1] .

ثانيا : الموانع الأخرى

١٢٣ — (١) مانع الأدب العمومى أو الحشمة (L'empêchement d'honnêteté publique) هـو نوع من أنواع مانع القرابة النـاشئة عن المصاهرة ، كان ينشأ فيما مضى عن الزواج غير المـكتمل وعن الخطبة . وقد وجد فى الـكنائس الشرقية والـكنائس الغربية .

وقد حصرت الطوائف الكاثوليـكية هذا المانع فى صورتين فقط هما : حالة الزواج الباطل ، وحالة المعاشرة سفاحا بطريقة علنية . وقد نصت المادة ٦٩ من الارادة الرسولية على هذا بقولها : « ينشأ مانع الحشمة عن الزواج البـاطل ؛ مكتملا كان أم غير مكتمل ، وعن التسرى المشتهر أو العلنى (un concubinage public et notoire) . فيبطل الزواج فى الوجه (الدرجة) الأول والثانى من الخط المستقيم بين الرجل وأقارب المرأة الدمويين وبالعكس » .

ومن هذا النص يتبين لنا أن المانع يقتصر على حالتين : (١) حالة الزواج

---

(١) أما **السريان** فقد تكلمت النصوص الخاصة بهم عن هذا المانع وتشترط لقيامه أن ترضع المرأة ولدين مدة سنتين كاملتين حليبا كسبته من رجل واحد . وحينئذ فالأولاد واخوتهم هم إخوة واخوات بعضهم حتى الأبد . فالتى ترضع هى أم ، وزوجها أب وقس على ذلك بينهم حتى الوجه الخامس . مع مرعاة أن التفسيح بما دون ذلك منوط بالبطريركية (مادة ١٧ سريان) ، فاذا انقطع الرضاع قبل كمال السنتين أو إذا خلط بحليب المرضع مواد أخرى تزيد على كمية الحليب الذى ترضعه ، كالماء والطبخ والحليب الغريب ، فان هذا المانع لايقوم (أنظر المادة ١٨ وكذلك المادة ١٤٥ من المجموعة نفسها ، ثم انظر أيضا : دوفيليبه ودوكليرك المرجع السابق ص١٥٦ — ١٥٧) .

الباطل ، ولا يهم ما إذا كان هـذا الزواج الباطل مكتملا أم غير مكتمل .
(١) حالة المعاشرة سفاحا بطريقة علنية مشتهرة . فالمعاشرة ومايعادلها أمر لازم لقيام هذا المانع . ولابد من أن يكون هناك مظهر لعلاقة أو لزواج دائم ، بحيث يمكن ـ من حيث الظاهر ـ القول بأن الطرفين مرتبطان برابطة زوجية ، فى الوقت الذى لا يعتبران فيه كذلك .

ويترتب على قيام هذا المانع بطلان الزواج بين الرجل وأقارب المرأة الدمويين ، وبالعكس ، وذلك فى الدرجة الأولى والثانية من الخط المستقيم فقط . فلا يستطيع الرجل الذى أبرم زواجا باطلا أو عاشر امرأة سفاحا على النحو السابق ، أن يتزوج بأم تلك المرأة أو جدتها ، ولا بنتها أو بنت بنتها أو بنت ابنها ، لأن قرابة هؤلاء تمتد إلى الدرجة الثانية فى الخط المستقيم .

١٢٤ ـ (٢) مانع الجريمة[1] (L'empêchement de crime) : يمكن القول بصفة عامة أن هذا المـانع يترتب على الزنا adultère وعلى قتل أحـد الزوجين conjugicide . ويبرر الأخذ به وإدخاله فى الاعتبار كمانع من موانع الزواج عوامل متعددة ، منها فكرة الطهر العام التى تستلزم بطلان كل زواج يتصل بالفضائح : ثم هناك أيضا فكرة الأمن والاستقرار اللازم للزوجين ؛ تلك الفكرة التى تتطلب أن يقطع على الشركاء كل أمل فى زواج قد يدفع بهم إلى ارتكاب الجريمة . وإلى جانب هذا وذاك فان فكرة الخطأ نفسه تستلزم

---

(١) أنظر فى هذا المانع وبصفة خاصة لدى الكاثوليك De Smet: ، السابق ص ٥٠٨ وما بعدها . Fourneret السابق ، ص ٢٤٧ وما بعدها . ناز ، السابق ص ٣٤٥ ومابعدها (المادة ١٠٧٥ من القانون الكنسى الغربى) . Galtier ، السابق ص ١٥٣ ومابعدها . الرسالة المخلصية ، العدد سالف الذكر ص ٥٦٣ بعنوان « مانع الذنب » . وانظر كذلك القواعد التى جمعها فيليب جلاد بالنسبة للكاثوليك مادة ٩٠ وما بعدها . وانظر كذلك الدكتور شفيق شحاته ، جزء ٥ ص٥٤ ومابعدها .

إنزال العقاب بمرتكبيه ، ولا أقل من حرمان المخطىء من الافادة من خطئه عقابا له . فمانع الجريمة هو فى الوقت نفسه نوع من العقوبة .

وقد فصل النص الخاص بالطوائف **الكاثوليكية الشرقية** [1] بصفة عامة الحالات التى يقوم فيها هذا المانع ، فنص فى المادة ٦٥ من الارادة الرسولية على أنه : « لا يصح عقد الزواج بين الأشخاص التالية :

١ ـ من اقترف مع صاحبه زنى فتواعدا كلاهما بالتزوج ، أو حاولا عقد الزواج نفسه ولو باجراء مدنى فقط ، وهما مرتبطان بذات الزواج الصحيح .

٢ ـ من اقترف مع صاحبه زنى وقتل أحدهما زوجه ، بينما كلاهما مرتبطان بذات الزواج ، الصحيح .

٣ ـ من تعاون مع صاحبه تعاونا طبعيا (ماديا) أو أدبيا physique ou morale فقتلا الزوج ، وإن لم يزن أحدهما مع الآخر » .

ويتبين لنا من هذا النص ثلاث صور للجريمة من شأنها أن تجعل الزواج باطلا بين مرتكبيها : الصورة الأولى هى صورة الزنا مع الوعد بالزواج أو محاولته والشروع فيه ، دون أن يكون هناك قتل الزوج . والصورة الثانية صورة الزنا الذى يحدث مع قتل الزوج ، والصورة الثالثة صورة القتل فقط دون ارتكاب الزنا .

١ ـ **الصورة الأولى** : صورة الزنا دون أن يصاحبه قتل الزوج (adultère sans conjugicide) : فى هذه الحالة يلزم أن يكون هناك زنا تامة parfait, consommé ، بمعنى أن يكون هناك اتصال جنسى كامل من شأنه

---

(١) أنظر كذلك الدكتور شفيق شحاته ، السابق ص ٦٢ وما بعدها بالنسبة للحكم الوارد فى التقنين الكاثوليكى الشرقى .

أن يؤدى إلى التناسل . كما يلزم أن يكون زنا حقيقيا بمعنى أن يكون كلا الطرفين أو أحدهما على الأقل ، مرتبطا بزواج شرعى صحيح قائم . وإنما لا يلزم أن يكون الزواج مكتملا بالدخول والجماع ، بل يكفى قيام الزواج على النحو السابق من وقت العقد .

ويلزم أيضا أن يدرك الشريكان أنهما يعتديان بفعلهما على حقوق الزواج نفسه ، أى ينبغى أن يعلم كل منهما أنه يرتكب الزنا . فاذا كان كل منهما متزوجا ويجهل جهلا قاطعا الرابطة الزوجية التى يرتبط بها شريكه ، فلا يقوم المانع [1] . ولكن إذا كانا متزوجين ، يكفى أن يعلما أن أحدهما متزوج ، ولا يلزم أن يعلم كل منهما بزواجه هو نفسه ، طالما أنهما يعلمان بقيام الزواج الذى يقع عليه الاعتداء من كليهما .

والزنا على النحو السابق قد يتصل به وعد بالزواج ، كما قد يتصل به محاولة أو شروع فى الزواج . ففى حالة ما إذا اتصل به وعد بالزواج ينبغى أن يكون هذا الوعد وعداً حقيقياً يرتبط بموجبه الطرفان ارتباطا متبادلا mutuellement ويقبلانه بصورة مطلقة . هذا الوعد ينبغى أن يصدر فى حرية تامة . وإذا ما اتصل الزنا بالوعد المتبادل بالزواج فانه يلزم أن يتم ذلك أثناء قيام زواج واحد صحيح بين أحد المتواعدين وشخص ثالث . ولا يهم ما إذا كان الوعد سابقا أو لاحقا على الزنا . وكل ما هنالك أنه فى حالة ما إذا كان الوعد سابقا ، ينبغى ألا يعدل عنه قبل إتمام الزنا . ويجب أن يكون الوعد قبل موت الزوج المعتدى عليه ، وينصرف إلى إتمام الزواج بعد وفاته [2] إذ لا يتصور أن يتم زواج بين

---

(١) أنظر فى هذا أيضا : القانون الكنسى باشراف « ناز » . السابق ص ٣٤٦ .

(٢) De Smet ، السابق ، ص ٥٠٩ ــ ٥١٠ ، وأنظر أيضا . القانون الكنسى باشراف « ناز » . السابق ص ٣٤٦ .

المتواعدين فى حياة الزوج الذى وقع عليه الاعتداء ، لأن الرابطة لدى الكاثوليك لا تنفصم إلا بالموت . فالوعد بالارتباط بالزواج قبل موت الزوج المعتدى عليه ، قد يدفع الشريكين إلى الجريمة .

أما فى حالة ما إذا اتصل بالزنا محاولة عقد زواج أو الشروع فيه ، فانه يقصد بذلك الحالة التى يبرم فيها زواج غير صحيح بألفاظ تعبر عن الرضا الحال أو بأية إشارة أخرى تتضمن وعداً بالرضا . ويكفى أن يكون ذلك زواجا مدنيا فقط ، حتى ولو لم يقع هذا الزواج صحيحا من الناحية المدنية . ولكن لا يكفى مجرد المعاشرة سفاحا (concubinage) مهما طالت مدة المعاشرة ، طالما أنه لم يكن هناك رضى بالزواج . ويلزم أن تتم محاولة الزواج أو الشروع فيه ، كما هو الشأن بالنسبة لحالة الوعد بالزواج ، أثناء قيام الزواج الأول وقبل موت الزوج المعتدى عليه ، مع ضرورة علم الشريكين بأن أحدهما مرتبط بزواج قائم.

ومن هذا نرى أن الزنا فى هذه الحالة يلزم أن يتصل به وعد بالزواج أو شروع فيه على النحو السابق ، بحيث يتم الوعد أو الشروع ، مع ما يلزم لتوافرهما من شروط ، أثناء قيام الزواج الذى ارتكبت ضده الخيانة . ولا يهم أن يكون الوعد أو محاولة الزواج قد تما عن قبل الزنا أو بعده [1] . فالمانع من الزواج بين الشريكين يقوم فى هذه الحالة إذا وقع الزنا مع الوعد بالزواج أو مع محاولة الزواج أو الشروع فيه ، متى تم ذلك أثناء قيام الزواج الذى وقع

---

(١) أنظر De Smet ، السابق ، ص ٦١٠ وهامش رقم ٦ من الصفحة نفسها .

عليه الاعتداء ، فلا يكون للشريكين أن يتزوجا حتى ولو انتهت الزوجية بموت الزوج المعتدى عليه [١] .

٢ ـ الصورة الثانية : صـــــورة الزنا مع قتل الزوج adultère et conjugicide » : فى هذه الحالة يجب أن يكون هناك زنا بالمعنى الذى حددناه فى الصورة السابقة ، كما ينبغى إلى جانب ذلك أن يكون هناك قتل يقع على زوج ، أى ينبغى أن يكون هناك زواج حقيقى صحيح ، حتى ولو لم يكن مكتملا ، وأن ينتج القتل من فعل أحد الشريكين فقط ، بقصد إبرام الزواج ، بصرف النظر عما إذا كان القاتل قد قتل زوجه هو ، أو قتل زوج الطرف الآخر . كما يكفى أن توجد النية لدى أحد الشريكين . والظاهر أنه لا يتطلب فى هذه الحالة أن يعلن القاتل إلى شريكه عن نيته فى التزوج به .

هذا ، ويلزم أن يتصل الزنا بالقتل أثناء قيام الزواج نفسه الذى حصل عليه الاعتداء . ولـكن لا يهم ما إذا كان الزنا سابقا على القتل ، كما هو الوضع العادى المألوف ، أو كان فى الفترة التى حصل فيها الاعتداء على حياة الزوج المجنى عليه وقبل وفاته ، كما فى حالة القتل بالسم مثلا إذا ما تم الزنا بعد إعطاء السم وقبل وفاة المجنى عليه الذى تناول هذا السم .

٣ ـ الصورة الثالثة: صورة القتل فقط دون الزنا : conjugicide seul وفى هذه الحالة يلزم أن يكون هناك قتل يقع على زوج حقيقى ، أى يكون

---

(١) هذا هو ما ينصرف إليه المانع فى هذه الحالة ، ومع ذلك فقد فهم البعض (أحمد سلامة ط٢ ص ٥٦٩) ، أن الزواج يكون أثناء قيام الزوجية المعتدى عليها ، ولهذا ذهبوا إلى أن المنع لا يقوم على الزنا ، بل مرده إلى الارتباط بالزواج السابق . ولـكن مقصود النص غير ذلك ، كما ذهبنا فى المتن . والمانع لا ينطبق إلا عندما يريد الشريكان الزواج بعد وفاة الزوج وانقضاء الزوجية المعتدى عليها . ويوضح هذا ما نص عليه فى المادة ٣١ من قانون الأقباط الكاثوليك من أن زواج الشريك من شريكه بعد انقضاء الزوجية يقع باطلا .

زواجه زواجا قائما صحيحاً ، كما يلزم أن يتفق الطرفان على القتل ، فلا يكفى أن يقتل أحد الزوجين زوجه بغير علم وموافقة من هو مزمع على الارتباط معه بعقد الزواج ، بل لابد أن يكون هناك تآمر على حياة الزوج الذى يقف عقبة فى سبيل الشريكين ، ويريدان التخلص منه ، حتى ولو لم يكن هناك زنا بالمرة. وبعبارة أخرى . لا يكفى أن يقوم كل من الطرفين بالقتل منفردا ومستقلا عن الآخر ، إذ فى هذه الحالة لا يكون هناك اشتراك وتعاون على قتل الزوج . هذا التعاون بين الطرفين على القتل يكون تعاوناً طبيعياً (ماديا) أو أدبياً ، كما تقضى بذلك الفقرة الثالثة من المادة ٦٥ سالفة الذكر .

ويلزم فى النهاية أن يكون لدى الشريكين، أو أحدهما على الأقل، نية الزواج من الشريك الآخر . وقد ثار الجدل بين فقهاء القانون الكنسى حول إعلان هذه النية إلى الطرف الآخر ، إذا ما قامت لدى أحد الطرفين فقط . ولكن يبدو أن إجماع فقهاء القانون الكنسى يكاد ينعقد فى هذا الصدد على ضرورة إعلان هذه النية ، وهى قصد الزواج ، إلى الطرف الآخر ، حتى يقوم المانع[1].

هذه هى الصور الثلاث التى يقوم فيها مانع الزواج بسبب الجريمة فى الكنائس الكاثوليكية الشرقية بصفة عامة . ويفهم من ذلك أنه إذا لم توجد صورة من هذه الصور بشروطها المطلوبة على النحو السابق ، لا يقوم المانع . ولا يجوز الإعفاء من هذا المانع ـ طبقا لما تقضى به المادة ٣٢ من الارادة الرسولية إلا فى حالة الزنا مع تواعد الطرفين على الزواج أو محاولته والشروع فيه .

---

(١) أنظر كذلك : De Smet ، السابق ص ٥١١ . Fourneret ، السابق ص ٢٤٩ - ٢٥٠ . القانون الكنسى باشراف «ناز» السابق ص ٢٤٧ . مذكراتنا السابق الاشارة إليها «الآلة الكاتبة » لطلبة كلية الحقوق عام ١٩٥٨/٥٧ ص ١١٠

وعلى ضوء البيان السابق بالنسبة لمانع الجريمة نعرض لحكم هذا المانع لدى الاقباط الأرثوذكس[١]. فقد نصت المادة ٢٧ من مجموعة سنة ١٩٥٥ على أنه : « لا يجوز زواج من طلق لعلة الزنا إلا بعد تصريح الرئيس الديني الذى صدر الحكم فى دائرته . ولا يجوز زواج القاتل بزوج القتيل »[٢] .

ويعرض النص أولا لحالة زواج من طلق لعلة الزنا . فمثل هذا الشخص لا يجوز له أن يبرم زواجا جديدا إلا بعد التصريح له بذلك[٣] . وليس فى النص أى قيد بأن يكون المنع فى حالة زواج الزوجة بمن زنى بها ، فيصح أن يكون الزواج بمن زنى بها أو بأى شخص آخر ، طالما أنه قد صدر التصريح بذلك . وهذا ما قد يفهم من النص نظراً لاطلاقه . وهو بذلك محل للنقد . ولهذا نرى أنه يجب أن ينصرف المنع بالذات إلى زواج الزوجة التى طلقت بسبب الزنا بمن زنى بها . وبذلك يعتبر الزنا مانعا من الزواج بين مرتكبيه ،

---

(١) يمكن الرجوع بالنسبة لهذا المانع إلى دوفيلييه ودوكابرك : الزواج فى القانون الكنسى الشرقى ، المرجع السابق ، ١٩١–١٩٤ وذلك بالنسبة لقيام هذا المانع لدى الطوائف الشرقية بصفة عامة . وانظر كذلك بالنسبة للأقباط الأرثوذكس ، شفيق شحاته ج ٥ السابق رقم ٥١٩ — ٥٢٦

(٢) ولم يرد فى مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس نص مماثل لهذا النص . ومع ذلك فقد تكلمت كتب الفقه عن تحريم زواج المرأة الزانية . فقد ورد فى قوانين ابن لقلق (ملحق ابن العسال السابق ص ٢٢) أنه «لايتزوج مؤمن بغير مؤمنة ولا بالثابته فى الزنا المشهورة به ... » ويقول ابن العسال (السابق ص ١٩٦) إن من بين موانع الزواج « الزيجة بالتى ثبت عليها الزنا ، والمطلقة لما يوجب الطلاق » . وانظر كذلك المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية حيث تجعل من موانع الزواج « الزنا المشتهر الثابت » . وانظر مصادر هذا الحكم الأولى وقررات المجامع الكنسية والمجموعات الأولى فى شفيق شحاته ج ٥ رقم ٥٠١-٥٠٤ .

(٣) والنص يجعل التصريح بذلك للرئيس الدينى الذى صدر الحكم فى دائرته ، هذا التصريح يقوم على أساس توبة الزانى عن العودة إلى الزنا وهو يصدر من الرئيس الدينى حتى بعد الغاء جهات القضاء الملى . (جميل الشرقاوى : الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ، الكتاب الثانى طبعة ١٩٥٨/١٩٥٩ ص ٤٥٠ هامش ١) .

حتى تتحقق الحكمة من المنع وحتى لا يكون فى إمكان زواج الزانى بمن زنى بها تشجيعا له ولها على ارتكاب الزنا ليتمكنا فيما بعد من التزوج بعضهما[١] وعلى ذلك لا ينصرف المنع إلى الزواج بين الزانى والزانية وبين شخص آخر طالما أنه قد صدر تصريح بالزواج[٢].

ويعرض النص بعد ذلك لحالة القتل فيجعل منه مانعا من موانع الزواج بين القاتل وزوج القتيل. ولم يفرق فى هذا الصدد — كما فعلت الارادة الرسولية بالنسبة للكاثوليك — بين ما إذا كان القتل قد اتصل به زنا مع زوج القتيل أم لا، كما أنه لم يستلزم من جهة أخرى تعاون القاتل وزوج القتيل على قتل الزوج وإنما يكفى لقيام هذا المانع أن يقع قتل زوجى، فيقوم المانع بين القاتل وزوج القتيل[٣].

---

(١) وتنص المادة ٣ من القواعد الخاصة **بالروم الارثوذكس** عن أن من الموانع القطعية للزواج « الزنا بين مرتكبيه، إذا كان هناك حكم صدر بشأنه وأثبته ». ومقتضى ذلك أن الزواج يعتبر مانعا مطلقا بالنسبة لمرتكبيه متى صدر حكم بالادانه. ولكنه لا يعتبر مانعا على هذا النحو بين أحد مرتكبيه وشخص ثالث. وهذا ما أقره القضاء (أنظر استئناف الاسكندرية فى ٢٩/١٠/١٩٥٩. المجموعة الرسمية س٥٩ عدد ١ و٢ رقم ٢١ ص ٣٩ (أجانب). والفكرة التى نقول بها ترجع إلى القانون الرومانى (lex Julia de adulteriis coercendis) ، وقد أخذتها الكنيسة البيزنطية فمنعت الزواج بين الزانى والزانيه سواء فى حياة الزوج البرىء المعتدى عليه أو بعد وفاته. وإذا ماتم زواج بين الزانيين اعتبر زنا وكان باطلا حتى ولو قام الطرفان بتنفيذ العقوبة التى تفرض بسبب الزنا (أنظر فى هذا: دوفيلييه ودوكليرك السابق ص ١٩١. وانظر كذلك شفيق شحاته، جزء ٥ رقم٥٠٥ — ٥٠٩).

(٢) أنظر أيضا دوفيلييه ودوكليرك، السابق ص ١٩١ ومابعدها. هذا ويراعى أن الأرمن لم يعرضوا فى مجموعتهم لهذا المانع، كما لم يعرض له السريان بصورة مباشرة كذلك (أنظر المادة ١٢ من مجموعتهم) وانظر حكم الشريعة السريانية فى شفيق شحاته جزء ٥ رقم ٥١٤-٥١٦، حيث يبين أن الزواج بالزانية يمتنع على شريكها فى الإثم، بل وعلى غيره كذلك. وانظر كذلك: أحمد سلامه، ط ٢ ص ٥٦٧ بالهامش.

(٣) وبطبيعة الحال لا ينبغى القول بقيام المانع فى هذه الحالة إلا فى حالة ما إذا كان القتل عمديا. فلو كان القتل خطأ لا يقوم المانع بين القاتل وزوج القتيل. ويبرر ذلك — كما يقول البعض (جميل الشرقاوى، السابق ص٤٥١) — أن منع الزواج فى هذه الحالة عقوبة تستلزم خطأ جسيما يبررها.

١٢٥ ـ (٣) مانع اختلاف الدين والمذهب[1]: يجب بادىء الأمر أن نفرق في صدد الكلام عن هذا المانع بين حالتين قد يختلطان فيما بينهما ، وخاصة أنه قد يترتب عليهما نتائج مختلفة بالنسبة لبعض الكنائس . الحالة الأولى حالة المذهب المختلط (réligion mixte) ، وهى الحالة التى يتم فيها الزواج بين مسيحيين معمدين يتبعان مذهبين مختلفين (كاثوليكى وغير كاثوليكى مثلا) . والحالة الثانية ، وهى التى يمكن أن نطلق عليها حالة اختلاف الدين أو العقيدة (disparité de culte) ، وهى الحالة التى يتم فيها الزواج بين مسيحى معمد وشخص آخر غير معمد ،سواء كان مسيحيا أو غير مسيحى . فأساس التفرقة بين الحالتين لدى الطوائف الكاثوليكية هو التعميد (baptême) ، إذ فى الحالة الأولى يكون الزواج بين شخصين معمدين (baptisées) ، أى نالا سر العماد ـ وهو أحد أسرار الكنيسة ـ لكن أحدهما يعتبر كاثوليكيا والآخر ينتمى إلى مذهب آخر غير كاثوليكى . أما فى الحاله الثانية ـ أى فى حالة اختلاف الدين أو العقيدة ـ فان أحد الطرفين فقط يكون معمداً والآخر غير معمداً، أى لم ينل سر العماد ، سواء كان مسيحيا لم ينل هذا السر أو كان غير مسيحى .

وقد رتبت الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية الشرقية على هاتين الحالتين جزاء مختلفا[2]. ففى الحالة الأولى (religion mixte) يعتبر المانع

---

(١) أنظر فى هذا المانع وتطوره من الناحية التاريخية : Fourneret ، السابق ص ٢٥٠-٢٥٢ ، وانظر كذلك : De Smet ، السابق ص ٢٥٢ ومابعدها دوفيليه ودوكليرك السابق ص ١٦٤ ، ومابعدها . القانون الكنسى باشراف « ناز »: السابق ، فقرة ٣٩٢ ص ٣٢٩ . والرسالة المخلصية العدد السابق ص ٥٥٥ . حلمى بطرس ، السابق ص ٢١١ ومابعدها .

(٢) انظر كذلك بالنسبة لهاتين الحالتين المادتين ٩٤ و ٩٥ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لفيليب جلاد ، السابق ص ٣٧٩ ، وكذلك ما أورده فى هذا الشأن تحت عنوان « فتاوى » .

تحريميا فقط ، ومعنى ذلك أن الزواج الذى يتم مع قيام هذا المانع لا يعتبر باطلا ، وإن كان يعتبر محرما . وقد نصت على ذلك المادة ٥٠ من الارادة الرسولية بقولها : « تنهى الكنيسة فى كل مكان أشد النهى عن عقد زواج بين شخصين معتمدين الواحد (أحدهما) كاثوليكى والآخر منتم إلى بدعةهرطوقية أومشاقة (inscrite à une secte hérétique ou schismatique). وإذا كان على الفريق (conjoint) الكاثوليكى أو على الأولاد خطر ضلال من جراء ذلك ، فالزواج محرم بمقتضى الشريعة الالهية نفسها[1] » .

أما الحالة الثانية (disparité de culte) فان الزواج يكون باطلا ، كما نصت المادة ١/٦٠ من الارادة الرسولية إذ تقول : « الزواج المعقود بين شخص غير معتمد (non - baptisée) وشخص معتمد باطل[2] » .

ويختلف الموقف الذى يتخذه المذهب الكاثوليكى بصفة عامة بالنسبة للحالة الأولى ، وهى التى تتعلق باختلاف المذهب والتى يطلق عليها الفقهاء الزواج المختلط ، عن الموقف الذى تتخذه الكنائس الأخرى فى شأن هذه الحالة .

---

(١) أنظر فى شأن هذا المانع التحريمى لدى الكاثوليك والاعفاء منه وواجبات الطرفين ورجال الدين: المادة ٥١ وما بعدها ، وانظر كذلك المادة ٣٢ من الارادة الرسولية . ويقابل النصوص السابقة فى القانون الكنسى الغربى المواد ١٠٦٠ وما بعدها .

وقد جاء فى الرسالة المخلصية العدد السابق الاشارة اليه فى شأن هذا المانع ص ٥٥١ ما يلى : « يتحقق هذا المانع فى حالة إقدام كاثوليكى على الزواج من شخص آخر ينتمى إلى بدعة هرطوقية أو مشاقة . وقد أوضحت لجنة تفسير « الكودكس » أنه يجب أن تعد البدع الالحادية من عداد البدع المنوه عنها (١٩٤٣/٦/٢٠) . وعليه فان أعضاء الحزب الشيوعى المناضلين الذين يعملون ويبشرون بتعليم مضاد للمسيحية يحسبون أعضاء بدع مقاومة للمسيحية ، ويطبق هذا القانون بحقهم » .

(٢) وتقابل هذه المادة ١٠٧٠ من القانون الكنسى الغربى .

فقد نصت المادة ٢٣ مجموعة سنة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس على أنه :
« لا يجوز الزواج لدى الكنيسة القبطية الأرثوذكسية إلا بين مسيحيين أرثوذكسيين » . وهذا يعنى أنه لابد أن يتحد الطرفان ديانة ومذهبا . فإذا اختلفا من حيث المذهب لايجوز الزواج ، أى يعتبر باطلا. وبعبارة أخرى يعتبر اختلاف المذهب عند الأقباط الأرثوذكس من موانع الزواج يترتب عليه البطلان ، فهو مانع مبطل[1]. وعلى هذا يكفى أن يتحد الطرفان المسيحيان فى المذهب الأرثوذكس - ولو لم يتحدا فى الطائفة - بأن يكون أحدهما من الأقباط الأرثوذكسى والآخر أرثوذكسى من أية طائفة أخرى. وهذا هو مايتضح من النص السابق[2]. على أن يراعى بطبيعة الحال ما تقضى به القواعد الخاصـــة

(١) أنظر المادة ٤٠ من المجموعة نفسها حيث جعلت الجزاء على مخالفة حكم المادة ٢٣ هو البطلان . وانظر المادتين ٢٤ و٤١ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط . وانظر كذلك مذكراتنا على الآلة الكاتبة لطلبة كلية الحقوق بالاسكندرية عام ١٩٥٨/٥٧ ص ١١١ .

(٢) على أن الذى يتضح مما قاله فقهاء الأقباط الأرثوذكس يخالف ماجاء به نص المادة ٢٣ المذكور إذ أنهم لايرتبون المانع على حالة اختلاف المذهب ، بل على المخالفـــة فى الدين المسيحى . أى التزوج بشخص من دين آخر غير المسيحية . فقد جاء فى الخلاصة القانونيـة أن من بين الأسباب التى تمنع الزواج « المخالفة فى الدين المسيحى » (المسألة ١٧ فى القسم الثانى) . فلا يجوز عقد الزواج مع وجود هذا السبب ما لم يزل المانع ، بأن يؤمن غير المسيحى بالمسيح إيمانا حقيقيا صريحا جليا (أنظر المسألة ٢٥ من الخلاصة القانونية) . وهذا ما يتبين لنا من أقوال ابن العسال كذلك (السابق ص ٢٠٦) ، وإن كان يبدو أنه يفرق بين الرجل والمرأة ، إذ يقول : « وللرجل المؤمن أن يتزوج من غير المؤمنات بشرط دخول الزوجـة فى الايمـان . فأما النساء المؤمنات فلا يتزوجن بالرجال الخارجين عن الايمان لئلا ينقلوهن إلى مذاهبهم ويخرجوهن عن الايمان . وكل امرأة مؤمنة تتزوج برجل غير مؤمن تخرج من الجماعة ، وإن ثابت واختلعت منه فتقبل ، كمن يرجع عن كفره ، وبعد التبرر الواجب تختلط بالمؤمنين وتعطى القربان . وكل مؤمن يزوج ابنته أو أخته بغير إرادتها ولا علمها بمن لايؤمن ، فليخرج من الجماعة ، ويمنع من مخالطة المؤمنين . أما هى فلا . . . » وهـذا ما يبدو كذلك من قوانين ابن لقلق حين يقرر أنه « لايتزوج مؤمن بغير مؤمنة» (ص ٣٢ ملحق ابن العسال) .

بالطوائف الأخرى ؛ فقد تستلزم أن يكون الزواج بين متحدين فى الديانة والمذهب والطائفة أيضا . وبذلك يكون المنع من جهة مثل هذه الطائفة التى تستلزم ذلك .

هذا بالنسبة لحالة اختلاف المذهب واعتباره مانعا فى القواعد التى وضعها الأقباط الأرثوذكس سنة ١٩٥٥ . ويقترب من هذا ، بصفة عامة ، ماجاءت به قواعد الطوائف الأرثوذكسية الأخرى ، مع مراعاة ما جاءت به من أحكام [(١)] .

أما بالنسبة لحالة اختلاف الدين ، أى حالة الزواج بين مسيحى وآخر غير مسيحى ، فان المذاهب كلها تتفق على أن مثل هذا الزواج باطل [(٢)] .

---

(١) ويختلف الأمر بالنسبة **للمذاهب الأرثوذكسية الأخرى** . فبالنسبة للكنيسة **الأرمنية** نجد أنها تتفق فى استلزام أن يكون العاقدان تابعين لمذهب الأرمن الأرثوذكس . إلا أن المادة ١٠ من قواعد الأحوال الشخصية لطائفتهم تضع قرينة على أن « مجرد الاحتفال بالزواج فى الكنيسة الأرمنية الأرثوذكسية يعد قبولا من المتعاقدين لمذهبها » . (يراعى ما عرضنا له من قبل عند كلامنا عن إثبات الاتحاد فى الطائفة والملة والديانة وإثبات تغييرهما ، وخاصة ما اتجهت إليه محكمة النقض - أنظر ما سبق رقم ٦٣) . وتقضى المادة ٥ من القواعد الخاصة **بالروم** الأرثوذكس بأنه يصرح بزواج الأرثوذكس بمسيحى من غير مذهبه عندما يأخذ الطرف غير الارثوذكسى عهدا كتابيا على نفسه : (١) بأن يقوم بمراسيم زواجه كاهن أرثوذكسى . (٢) بان يصير تعميد وتعليم أولاده حسب المذهب الأرثوذكسى . (٣) وبان الاختصاص القضائى يكون للكنيسة الارثوذكسية فى حالة وقوع نزاع بين الزوجين . ولم يعد لهذا الشرط الأخير أهميته الآن بعد الغاء جهات القضاء الملى . أما بالنسبة **للسريان** فقد نصت المادة ٢١ من مجموعتهم على أن مانع المخالفة فى الدين هو ألا يتزوج المؤمن بغير المؤمن ولا بالمخالف له فى المذهب خشية من أن يجتذبه ذاك إلى رأيه ، ولكن إن أمن ذلك وأمل أن ينجذب الغير المؤمن إلى الايمان ، فعندئذ يجوز التسفيح . وعلى كل فالتعهد باتباع الاولاد مذهب الوالد الارثوذكسى شرط جوهرى تجب مراعاته . ومن هذا النص الخاص بالسريان يتضح أنهم يسوون بين التزوج بغير المؤمنين وبين المخالفة فى المذهب فى الحكم .

(١) أنظر بالنسبة للمذاهب الارثوذكسية المادة ٢٣ من مجموعة **الاقباط** سالفة الذكر وكذلك النصوص المشار فى الهامش السابق ، مع مرعاة حكم المادة ٣ من القواعد الخاصة بالروم والتى تجعل « الزواج من غير المسيحيين » مانعا قطعيا . والمادة ١٠ بالنسبة للأرمن =

على أنه إذا كانت الكنائس المسيحية تقف مواقف مختلفة على النحو السابق فى حالة اختلاف الديانة والمذهب واعتبار هذا الاختلاف مانعا من موانع الزواج ، فان هذا يقتضى أن تكون القواعد الموضوعية لدى تلك الكنائس هى الواجبة التطبيق . ولكن إذا كان الأمر يتعلق باختلاف الديانة والمذهب ، فإن هذا يدعونا إلى الكلام عن مدى تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فى هذا الصدد .

لا جدال فى تطبيق القواعد الموضوعية لدى الكنائس المختلفة وذلك إذا ما غير أحد الطرفين ديانته أو مذهبه أو طائفته بحيث أصبح متحدا فيها مع الزوج الآخر ، طالما كان هذا التغيير قبل رفع الدعوى . فى هذه الحالة تطبق القواعد الخاصة بالطرفين ، ولا يثار إشكال ما بصدد مانع اختلاف الديانة والمذهب .

وإذا ماثار النزاع حول قيام الزواج بين مختلفى الديانة أو المذهب أو الطائفة أو عدم قيامه ، نظراً لوجود مانع مستند إلى هذا الاختلاف ، فإن الشريعة

= حيث تشترط لعقد الزواج « أن يكون العاقدان مسيحيين » ، وكذلك المادة ٢١ سريان . وكذلك المادة ١/٦٠ من الارادة الرسولية بالنسبة للكاثوليك، مع مراعاة تطبيق حكمها بين المعمدين وغيرهم . فالزواج يكون باطلا إذا تم بين كاثوليكى معمد وآخر غير معمد ، سواء كان مسيحيا أو غير مسيحى .

هذا ويراعى أنه لم يرد لهذا المانع ذكر لدى الانجيليين، ولذا يمكن القول انهم لا يقرون هذا المانع (انظر جميل الشرقاوى ، السابق ص ٤٤١ ومقاله عن انحلال الزواج بمجلة القانون والاقتصاد العددان الثالث والرابع من السنة الثامنة والعشرين ص ٢٤٠) . ومع ذلك فاننا نعتقد أنهم يقرونه على الأقل فى حالة اختلاف الديانة . ذلك أن النصوص التى أوردتها مجموعتهم تجعل من اعتناق أحد الزوجين ديانة أخرى غير الديانة المسيحية سببا للتطليق ، أى أن شريعتهم لا تقر الابقاء على هذا الزواج ، فأولى بها ألا تقره ابتداء وتجعل منه مانعا من الزواج ، على الأقل فى هذه الصورة ، صورة اختلاف الديانة (فى هذا المعنى : أحمد سلامة ط ٢ رقم ٢٤٨ ص ٥٧٤) .

الاسلامية هي الواجبة التطبيق فى شأنه . لكن قد يحصل ألا يثار بطلان الزواج استناداً إلى هذا المانع . وقد جرى العمل على إقرار مثل هذا الزواج بين مختلفى الديانة والمذهب ، طالما أنه لا يوجد تعارض مع ما تقضى به الشريعة الاسلامية من حيث عدم إباحة زواج غير المسلم بالمسلمة . فاذا تم الزواج بين مسلمة وغير مسلم كان هذا الزواج باطلا طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية . وفيما عدا ذلك فان الشريعة الاسلامية تقر الزواج بين مختلفى الديانة أو المذهب ، سواء تم بين مسيحى ومسيحية مختلفى المذهب أو بين مسيحى ويهودية أو العكس ، طالما أن الطرفين يدينان بكتاب سماوى ، إذ أن الشريعة الاسلامية تعتبر الشرائع السماوية الأخرى دينا واحدا[1] .

والواقع أن تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فى هذا الصدد يحل الاشكال ويغنى عن البحث ـ عند اختلاف الطرفين غير المسلمين فى الديانة أو المذهب ـ فى أى القواعد يكون واجب التطبيق ، أهى القواعد الخاصة بالزوج أم القواعد الخاصة بالزوجة .

الفرع الثانى : الشروط الموضوعية فى الشريعة اليهودية

أولا : الرضا بالزواج

١٢٦ ـ ضرورة الرضا ، مضمونه ، أوصافه : لا ينعقد الزواج بغير الرضا فى الشريعة اليهودية ، كما رأينا بالنسبة للشريعة المسيحية . ذلك أن الزواج عقد ، وتبعاً لذلك ، فانه لا ينشأ إلا بتراضى الطرفين ، سواء كان الطرفان هما الزوجان

---

(١) أنظر جميل الشرقاوى ، السابق ، ٤٤٠

أم كان من رضى بالزواج من له الولاية على أى منهما فى الحدود التى يصح فيها ذلك ، كما سنرى [١] .

واستلزام الرضا بالزواج أمر لا شك فيه ، سواء بالنسبة للربانيين أم بالنسبة للقرائين [٢] .

ولا بد أن ينصرف الرضا إلى إتمام الزواج ، وإلى تولية كل من الطرفين نفسه للآخر تولية شرعية ، وتخويله حقا على جسده ، على نحو ما بينا فى الشريعة المسيحية [٣] .

وعلى خلاف ما بينا فى الشريعة المسيحية ، يصح هنا أن يقترن الرضا بالشرط . وقد ورد فى شعار الخضر تفصيل لهذا الموضوع مقتضاه جواز تعليق الرضا على شرط واقف ، فاذا كان الرضا معلقا على شرط محرم ، يبطل الشرط وينفذ العقد . فمن « عقد بشرط وتحقق ، نفذ العقد ، وإلا فلا ، وسواء كان

---

(١) والرضا شرط لازم لقيام الزواج ، يجب توافره فى جميع الحالات ، حتى فى الصورة التى عرضنا لها فيما سبق « أنظر ما سبق رقم ٦٩ مكرر » بالنسبة لحالة إرصاد زوجة الأخ .

(٢) وتؤكد المادة ٥٦ من ابن شمعون ضرورته بقولها إن أركان العقد ثلاثة : « الأول) تسمية المرأة على الرجل وتقديسها عليه بقبولها ، ولو بخاتم يعطيه إليها يدا بيد ... ويتم التعبير عنه عند التقديس حيث يقول الرجل للمرأة « تقدست لى زوجة بهذا الخاتم أو بكذا إن كان شيئا آخر » فتقبل المرأة ، وبقبولها ما يقدم إليها يصدر رضاها بالزواج ، وبالتالى يكون التعبير ضمنيا « أنظر جميل الشرقاوى ٥٩/١٩٦٠ ص ١٤٣ » .

والقبول ضرورى كذلك لدى القرائين ، « وإلا فلا عقد ولا زوجية » . سواء كان الرضا من جانب الرجل أم من جانب المرأة (أنظر شعار الخضر ، السابق ص ٧٠) .

(٣) أنظر ما سبق رقم ٩٦ .

من جانب الرجل أم المرأة » . وقد قسمه العلماء إلى أربعة ، وبينوا حكمه فى كل منها [1] .

١٢٦ مكرر ـ التعبير عن الارادة ـ كيفيته : والتعبير عن الارادة يتم بألفاظ

---

(١) والصور التي عرض لها علماء القرائين هى : ١ - حالة ما إذا كان الشرط مزدوجا ، أى جامعا للايجاب والسلب : كأن يقول إذا رضى أبى فأنت معقود لى عليك بمهركذا ويعطيه إليها ، وإذا لم يرض فلا يتم العقد . فاذا رضى الأب نفذ العقد وإلا فلا . فاذا ذكر الايجاب دون السلب كقوله إذا رضى أبى ولم يقل وإذا لم يرض فلا ينفذ العقد ، ولو رضى الأب لانتفاء ذكر شطر السلب (وانتفاء ذكر السلب لا ينافى تحقق الشرط متى تحقق فعلا) . ٢ - تقديم الايجاب ، فاذا بدأ بالسلب كقوله إذا لم يرض أبى فلا تكونين معقوداً لى عليك وإذا رضى كنت ، فالعقد لا ينفذ ولو رضى الأب لأنه قدم السلب على الايجاب . ٣ - تقديم الشرط على المشروط : فاذا بدأ بقوله عقدت عليك ثم ذكرالشرط فلا ينفذ العقد ، ولو رضى الأب ، لأنه قدم المشروط على الشرط وهو رضى أبيه . ٤ - أن يكون الشرط جائز الحصول : فاذا قال إن صعدت السماء (لم يبق لهذا الشرط معنى الاستحالة فى العصر الحاضر مالم يكن الفرض صريحا فى أن يكون الصعود بلاواسطة ، كما جاء فى هامش ص ٧٨ من شعار الخضر) فأنت معقود لى عليك وإلا فلا ، فلغو ، لاستحالة تحققه ، والمشروط وهو العقد نافذ . ولكن إذا كان الشرط شيئا مما حرم الكتاب كقوله إذا أكلت خنزيراً أو دما فمعقود لى عليك وإلا فلا . والربانيون فى هذه الحالة أجازوا الشرط وأنفذوا العقد إن أكلت ، وقالوا أيضا إن كل مشروط من الكتاب باطل ما لم يكن ماليا ، فاشتراط كونه لا ينفق ولا يكسو ولا يحصن نافذ فى النفقة والكسوة لأنها من الأشياء المالية ، لا فى الاحصان لأنه واجب شرعا أى قضاء ، واعتبروا مثل أكل الخنزير أو الدم إذا اشترط من قبيل الأشياء المالية ، أيضاً . فاذا أكلت نفذ العقد وإلا فلا . وعند القرائين يلغى الشرط وينفذ العقد ضرورة أن اشتراط ما حرم الكتاب باطل .

فكل عاقد بشرط من الشروط الأربعة المار ذكرها ينفذ عقده متى تحقق الشرط وإلا فلا . ولا يتفق القراؤن مع الربانيين فى حالة ما إذا اختلف الشرط المقدم امتنع العقد كقولهم (الربانيين) « أنت معقود لى عليك بهذا الدينار الفضة فاذا به ذهب ، أو بشرط أنه موسر وهو فقير ... فان هذه الشروط وما يماثلها لا يعتد بها لدى القرائين ، أى ينفذ العقد . كذلك إذا كان الشرط محله المرأة كاشتراط كونها كاهنة وهى اسرائلية أو موسرة وهى فقيرة - ويتفق القراؤن مع الشريعة الاسلامية (أنظر المادة ١٦ من الأحكام الشرعية لقدرى باشا) كذلك الشرط المؤخر لاعبرة به عند القرائين ضرورة أن لامحل للشرط بعد الانعقاد قياسا على الطلاق ، فانه لاشرط بعده ، إذ به تنقطع الصلة ... (انظر شعار الخضر ص٧٧-٧٩) .

معينة يقولها الرجل بالعبرية « . . . تقدست لى زوجة بهذا الخاتم أو بكذا إن كان شيئا آخر » (مادة ٥٦ من ابن شمعون) . وعند القرائين بعد أن يسلم الرجل المهر كله أو بعضه يشهد الحاضرين على نفسه بقوله « بعهد طور سيناء وبفرائض جبل حوريب قد خطبت وقدست لى فلانة بنت فلان لتكون لى زوجة على طهارة وقداسة، بمهر ووثيقة وقبول كشريعة سيدنا موسى وبنى اسرائيل [1] ويكون قبول المرأة ضمنا بأخذ ما يقدم لها من خاتم أو نحوه أو قبولها ما يقدم إليها من مهر فى مجلس التقديس .

وعلى ذلك فان التعبير عن الارادة كما يكون صريحا يصح أن يكون ضمنيا . فاذا كان الطرفان أو أحدهما غير قادر على الكلام فان الزواج ينعقد « بواسطة السلطة الشرعية » (م ٤٨ من ابن شمعون) . ولا نعتقد أن هذا يعنى أن السلطة الشرعية هى التى تتولى عقد زواج الأخرس أو الخرساء دون رضاهما ، إذ يتعين أن يعبرا عن رضاهما باشارتهما المعهودة ، وتتولى السلطة الشرعية إثبات ذلك .

١٢٦ مكرر (١) — ممن يصدر التعبير — الوكالة : الأصل أن يصدر التعبير عن الرضا بالزواج من كل من طرفيه ، متى كان لهما الحق فى إبرام الزواج ، ويكون لهما ذلك متى كانا بالغين عاقلين [2] . ويختلف الحكم بالنسبة للبلوغ عند الربانيين عنه بالنسبة للقرائين ، إذ بالنسبة للأولين نجد أنهم يحددون سنا معينة أما الآخرون فانهم يعتدون بالبلوغ الطبيعى فقط .

---

(١) انظر شعار الخضر ص ٧٥

(٢) فزواج المجنون لا يجوز عند الربانيين حتى فى فترة الافاقة لأنه سبب لتحريم الزواج (أنظر م ٤٧ من ابن شمعون) . وهذا ما يفهم بالنسبة للقرائين كذلك إذ يستلزمون التمييز بالنسبة لمن يقبل الزواج (ص ٧١ شعار الخضر) ، ولهذا فزواج المجنون باطل لانعدام الرضا .

فبالنسبة للربانيين إذا كان السن اللائق للزواج هو ثمانى عشرة سنة ، فانه يصح مع ذلك « بعد بلوغ الثلاثة عشرة سنة بالنسبة للرجل ، واثنتا عشرة سنة ونصف بالنسبة للزوجة ، وبحيث أن تنبت عانتها ولو شعرتين » (مادة ٢٢ و ٢٣ من ابن شمعون) . فاذا بلغ الزوجان هذه السن ، كان لهما أن يتزوجا دون حاجة إلى موافقة من لهم الولاية أو السلطة عليهما (م ٣٤) [١] .

وعند القرائين يكون البلوغ بالنسبة للمرأة بتلون الحلمة وإنبات العانة . أما بلوغ الرجل فيعرف كذلك بالانبات والاحتلام [٢] .

فاذا بلغ الشخص سن الزواج لدى الربانيين كان له أن يزوج نفسه بنفسه كما يجوز له أن يوكل غيره فى التقديس إذا منعه مانع من الحضور [٣] . وهذا هو الحكم كذلك لدى القرائين ، مع مراعاة أن الفريقين يريان أفضلية تولى الرجل عقده بنفسه ، وبأفضلية تولية المرأة عقدها بنفسها [٤] ، أى أن الانابة غير ممنوعة [٥] .

---

(١) هذا هو الحكم لدى الربانيين ، أما عند القرائين فان المسألة مختلف فيها بالنسبة للبنت البالغة كما سنرى فى البند التالى .

(٢) شعار الخضر ص ٧٣ . وينتقد صاحب الشعار مذهب الربانيين فى تقدير البلوغ بسن ١٣ و ٥ر١٢ على أساس أن هذا كثيراً مالايتفق مع الواقع ، فضلا عن أنه غير ما فى الكتاب .

(٣) مادة ٦٢ من ابن شمعون .

(٤) وهذا يعنى أن لها أن تنيب عنها من يزوجها .

(٥) والوكيل كالاصيل ، كذلك وكيل الوكيل إذا كان مأذونا بالانابة (أنظر ص ٧٦ من شعار الخضر) .

ويقول صاحب الشعار : « جرى القوم فى الشرق على الانابة ولو كان المتعاقدان من بلد واحد أو كان للفتاة أب . أما فى الغرب فالفتاة تنيب عن نفسها أباها أو أحد أقربائها ، وهو مستحب ، ولكنها وقت عقد الزواج تحضر بنفسها خلافا لأهل الشرق فانها تنيب أيضا (وقد جاء بالهامش أن الفتاة تحضر دائماً وقت الزواج سواء لدى القرائين أم لدى الربانيين - ص ٧٧ شعار الخضر) .

وإذا تم الزواج عن طريق الوكالة ، فانه يلزم أن تتوافر فى الوكيل شروط معينة فلا يجوز أن يكون « أجنبياً ولا عبداً ولا أصم ولا معتوها ولا صغيراً » كما يلزم أن يكون التوكيل ثابتاً بشهود من الملة . وأن يكشف الوكيل عن صفته وقت العقد [١] .

١٢٦ مكرر (٢) ـ موافقة الأولياء على الزواج ـ ولاية الأجبـار : رأينا أن بلوغ الطرفين سن الزواج يجعل لهما أن يتزوجا بنفسيهما أو عن طريق من ينوب عنهما . وإذا كان هذا مسلمـا به لدى الر انيين بالنسبـة للطرفين ، فان زواج البنت البالغة لدى القرائين على هذا النحو محل خلاف ، والراجح هو ضرورة رضا أبيها إذا كان موجوداً ، فاذا لم يؤخذ رضاه كان له إبطال زواجها [٢] .

---

(١) أنظر المادة ٦٣ من ابن شمعون وشعار الخضر ص ٧٦ .

هذا وقد بين شعار الخضر حالة ما إذا نكث الرجل أو الأب أوالمرأة بحضرة شهود قبل تمام العقد ، فان العقد يمتنع فى هذه الحالة ، سواء كان الحضور بالذات أم نيابة . أما إذا كان النـكث بعد تمام العقد فلا تأثير له . ولذا وجب عند النكث فى حال التوكيل إثبات النـكث المذكور وإثبات وقته والاشهاد عليه ، حتى إذا سبق النـكث العقد كان كأن لم يكن (ص ٧٦) .

كما عرض كذلك لحالة اختلاف محل إقامة المتعاقدين ، بأن كان كل منهما فى بلد ، وأنابا عن نفسيهما ، وجب على بيت الشرع المباشر للعقد فى إحدى الجهتين إخبار بيت شرع الجهة الأخرى بالعقد للعلم به هناك أيضا (ص ٧٧ شعار الخضر)

(٢) وتنص المادة ٣٤ من ابن شمعون عن أنه « لا ولاية ولاسلطة على العاقدين فى حال بلوغهما سن الرشد المنوه عنه فى المادة ٢٣ » (وهى سن ١٣ سنة للذكر و٥ر١٢ للانثى) . ويختلف القراؤن عن الربانيين فى زواج البنت البالغة . فقد ثار الخلاف عندهم بالنسبة لزواجها وهل يلزم رضاها ورضى أبيها ، فمنهم من قال إنها إذا بلغت يتعلق بها وحدها . ومنهم من قال بأبيها دونها ، ومنهم من قال بها جميعا (ص ٧١ من شعار الخضر) . ويرجح صاحب الشعار أن البالغة لا يصح عقدها إلا برضاها ورضى أبيها أيضا معاً ، ولا تستقل برضاها إلا إذا ترملت أو طلقت (ص ٧١ اشـعار الخضر ، وانظر أيضا ص ٧٣) . وإذا ما عقد على البالغة بدون =

لكن ما الحكم إذا لم يكن الطرفان بالغين بأن كانا لم يصلا إلى السن التى حددها الربانيون [1] ، أو لم يبلغا بلوغا طبيعياً لدى القرائين ؟

بالنسبة للصغيرة يجوز زواجها بولاية أبيها متى أراد ، أو متى أرادت أمها أو أحد إخوتها إذا كانت يتيمه ورضيت (م ٢٤ من ابن شمعون) . ومعنى هذا أنه إذا قام الأب بتزويج الصغيرة يصح زواجها ، حتى ولو لم يتحقق رضاها بالزواج ، وهذه هى ولايه الاجبار [2] . أما إذا كانت يتيمة فان ولاية الاجبار لا تتحقق ، وإنما يتعين رضاها إلى جانب رضا من يزوجها ، حتى يقع الزواج صحيحاً . فاذا زوجتها أمها ، أو أحد إخوتها كان لها فسخ العقد [3] .

هذا لدى الربانيين بالنسبة للصغيرة متى كانت بكراً ، أى متى لم تكن قد تزوجت من قبل . فاذا كانت قد تزوجت ثم طلقت أو توفى زوجها ، انقضت ولاية الأب فى تزويجها ، ولو كانت صغيرة لم تبلغ سن الزواج (م ٢٦ من ابن

= رضى أبيها فانها تعد بمنزلة المحتال عليها ويكون لأبيها إبطال عقدها . وعلى الزوج أن يطلق وإذا امتنع ألزمه الشرع بالطلاق وغرمه غرم المغرى ، فهو كالسارق بهر به من أبيها . ولا يكفى عدم رضى الأب ، بل لا بد أن يكون لابائه سبب مقبول كعدم الكفاءة أو عدم المهر أو قلته أو العداوة المستحكمة ، وما أشبه ، ص ٧٣ ، شعار الخضر ، والهامش)

فاذا لم يكن للبالغة أب كان أمرها إلى نفسها تتزوج بمن شاءت وتقبل طلاق نفسها .

(١) مع مراعاة أنه بالنسبة للبنت عندهم لا يكفى بلوغ السن (١٢ر٥) ، بل يلزم إلى جانب ذلك أن تنبت عانتها . .

(٢) وطالما كان الزواج صحيحا ، فانه ينقضى بالطلاق لا بالفسخ ، إذ تنص المادة ٢٥ من ابن شمعون على أن « الصغيرة المتزوجة بولاية أبيها لا ينقض عقدها إلا بالطلاق ، ولو ادعت أن زواجها بغير قبولها » .

(٣) أنظر فى وقوع الفسخ من الصغيرة ، وصحته ، وإلى أى وقت يجوز ، وآثاره ؛ المادة ٢٨ ــ ٣٢ من ابن شمعون .

شمعون) . وبذلك تنتهى الولاية ولو قبل البلوغ بالنسبة للثيب . ويكون لها أن تزوج نفسها ، ويقع زواجها صحيحاً دون موافقة الولى .

أما عند القرائين فان الوضع يختلف ؛ ذلك أنه إذا كان للأب أن يزوج الصغيرة إلى من يراه كفؤا لزواجها ، أى أن له ولاية الاجبار عليها ، فان ولايته عليها تستمر ، ويكون له أن يجدد زواجها ، كما يقبل طلاقها . فالترمل أوالطلاق لا يؤدى إلى استقلال البنت بعقد زواجها ، ويقع زواجها دون رضا الأب باطلا[1] .

وبالنسبة للصغير ، لم تتعرض النصوص تفصيلا لزواجه ، كما فعلت بالنسبة للصغيرة . ويبدو أنه إذا بلغ السن التى ترتفع فيها ولاية التزويج ، فلا ولاية عليه لأحد . أما قبل ذلك ، فانه إذا تزوج ، لايصح زواجه ، ويكون له أن يفسخ الزواج ، مالم تظهر موافقته على الزواج بعد الرشد ، ولو ضمنا بمعاشرة

---

(١) فالصغيرة ذات الأب أمرها فى يده يزوجها ويقبل طلاقها ، بل إنه إذا مات لا تطلق حتى تبلغ ، إذ أن الطلاق يكون بتسليم وثيقة إليها ، فيجب أن تكون مميزة ، ولذلك فان الأب يقبل الطلاق عنها قياسا على ماله من ولاية تزويجها . فاذا لم يكن لها أب انتظر حتى تبلغ فتتزوج ضرورة كونها قاصراً لا قبول لها ، فاذا استقلت فى العقد أو عقده لها أقاربها كان العقد باطلا واعتبر كأن لم يكن ، ولا تترتب عليه حرمة المصاهرة . ومع ذلك فمن المتبع الآن أن يعقد لها أقاربها إخوتها أو أمها ، ولو أن العقد معرض للبطلان (قابل للابطال) لانتفاء ولايتهم عليها شرعا ، ولأنه قد لاتجيز عند البلوغ . ولهذا فمن الواجب تحليف أقاربها عندالعقد أن يعملوا على نفاذه ... فاذا أجازته وهى بالغ ، فلا حاجة إلى عقد جديد ، إذ هى معقود عليها من قبل (أنظر شعار الخضر ص ٧١ — ٧٢) .

ومع ذلك فان من المتفق عليه ، سواء لدى القرائين أم لدى الربانيين ، أن من الأليق تسويف عقد الصغيرة اليتيمة إلى ما بعد البلوغ (ص ٧٢ شعار) ، وتنص المادة ٣٢ من ابن شمعون على أنه « يجمل بالسلطة الشرعية أن تمنع زواج الصغيرة تحاشيا من الفسخ فيما بعد » .

زوجته ؛ وفى هذه الحالة يكون له أن ينهى الزواج بالطلاق . لا بالفسخ[١] . وهذا عند الربانيين .

وعند القرائين ، لا يستقل بزواجه إلا إذا بلغ ، وقبل ذلك يقع زواجه باطلا[٢] .

١٢٦ مكرر (٣) ــ عيوب الرضا : لم تعالج الشريعة اليهودية عيوب الرضا كما عالجها المسيحيون ، بطريقة مباشرة ، وإن كان هناك من النصوص ما يفهم منه أنه يلزم أن يقوم هذا الرضا سليما ، مع مراعاة الصور التى يتم فيها الزواج ولو دون موافقة الزوجة ، فى حالة ولاية الاجبار .

أما بالنسبة للغلط فالأصل عندهم أنه لا يدخل فى الاعتبار ، وإذا ما تم فإن للزوج الآخر أن يلجأ إلى الطلاق . ويمكننا أن نفرق هنا بين الغلط فى الشخص ، والغلط فى الصفة .

أما بالنسبة للغلط فى الشخص نفسه فانه لاشك يبطل الزواج[٣] ، وذلك خلافا للغلط فى الصفة . ذلك أن العلماء يهتمون بمعرفة حالة المتعاقدين قبل

---

(١) أنظر المادة ٣٣ من ابن شمعون حيث تنص على أن « القاصر لا يطلق بل يفسخ ، وإنما هو يطلق إذا رشد واختلى بزوجته » . كما تنص المادة ٥٩ على أن « التقديس من الصغير غير معتبر شرعا » .

(٢) وقد جاء فى شعار الخضر أنه « أجمع العلماء على أن قبول الرجل محله بلوغه وأن الصغير عقده لغو كأن لم يكن » (ص ٧١) . ولا يبين من هذا ما إذا كان يصح زواجه بموافقة الولى أم لا .

(٣) وقد جاء فى شعار الخضر أنه «إذا عقدلها الوكيل على فلان وهى تقصد علانا وصدقها الشهود بطل العقد » ص ١٨٥

الزواج من حيث السن والنسب والعشيرة ، وذلك بقــدر الامكان[١] « فأما سنا فلــكيلا يبنى عجوز بصبية أو صبى بعجوز ، فقد فهم العلماء من قوله «لا تعرض بنتك للزنى » ، جواز أن يكون إعطاء الصبية للعجوز مدعاة لزناها[٢] . وأما نسبا فلــكيلا يجمع إلا بين ذوى الحسب والنسب . وقالوا (العلماء) يرخص على الرجل كل عزيز عنده ليمهر بنت العالم .. وأما عشيرة فلــكيلا يجمع بين الخسيس وساقط الأخلاق من المتعاقدين . وقالوا ما أكثر أن تجىء الذرية للأخوال ... » كما اهتموا كذلك بضرورة رؤية المرأة قبل الزواج ، ويجعلون من عقد الرجل على الزوجة من غير أن يراها أمراً مكروهاً[٣] . وكل هذا قصد من ورائه ألا يكون على العقد مطعن إذا ما تم لزواج .

ومن بعض صور الغلط ما يؤدى إلى الطلاق ، وذلك كما فى حالة الغلط فى البكارة وهو ما نص عليه بالنسبة للربانيين وللقرائين[٤] . وهذا هو الحكم أيضا فى حالة ما إذا تزوجها على أنها سليمة فاذا بها معيبة بحيث لا تصلح للرجال أو للمعاشرة[٥] .

---

(١) وهذا ما أورده شعار الخضر ص ٧٧ .

(٢) وقد جاءت المادة ٢١ من ابن شمعون بالنسبة للربانيين فى هذا المعنى تنص على أن زواج الشيخ بصبية وزواج العجوز بصبى زواج مكروه» .

(٣) المادة ٢٠ من ابن شمعون .

(٤) تنص المــادة ١٥٢ من ابن شمعون على أن « ظهور عدم البــكارة يبيح للرجل الطلاق ، وعليه رد ما فى العقد من الحقوق مخصوما منها قيمة المهر الشرعى بعد حلف الزوجة اليمين بأنها لم تعرف رجلا قبل زواجها » . و « إذا أثبت أنها تصرفت فى بكارتها أو هى أقرت بذلك أو ابت أن تحلف اليمين فلا حق لها إلا فى ما دخلت به » (م ١٥٣) . وانظر كذلك شعار الخضر ص ١٢٢ — ١٢٤

(٥) أنظر المادة ١٥٨ وما بعدها ، وكذلك المادة ٢٠٦ و٢٠٧ من ابن شمعون ، وكذلك ص ١٢٦ من شعار الخضر .

على أن الصفة قد تكون شرطا فى العقد . وفى هذه الحاله يختلف الحكم لدى القرائين عنه لدى الربانيين . فعند القرائين إذا كانت الصفة شرطا فى العقد لا يعتد بها وينفذ العقد حتى ولو تخلفت الصفة المشترطة ، كما إذا كان العقد « بشرط أنه كاهن وهو لاوى ، أو موسر وهو فقير ، أو شريف وهو ابن حرام » . هذه الشروط وما يماثلها لا يعتد بها عند القرائين ، خلافا للربانيين إذ عندهم أنه « إذا اختلف الشرط المقدم امتنع العقد » . وهذا هو الحكم إذا كان الشرط محله المرأة « كاشتراط كونها كاهنة وهى اسرائيلية ، أو موسرة وهى فقيرة »[1] .

أما بالنسبة للاكراه ، فلم يرد تنظيم له وإن كان من المفهوم أنه يلزم أن يوجد الرضا بالزواج . فاذا كان الاكراه معدما للارادة ، لا يتوافر الرضا . وقد ورد بشأن المغتصبة أنه يلزم قبولها ، فلا تكره على الزواج بمن اغتصبها ، إذ القبول والرضا شرط لابد منه . وقد جاء فى شعار الخضر « وكما أن المرأة تعقد برضاها فكذلك الرجل يعقد برضاه لا أنه عاقد مرغم دونها ، كما هو قول إخواننا (الربانيين) ، فان إلزام الشرع إياه بها والحال هذه إن شاءت إنما هو من باب ملافاة ما وقع منه . ولذا منع من طلاقها »[2] .

---

(١) شعار الخضر ، ص ٧٨ - ٧٩ .

(٢) شعار الخضر ص ٧٠ وانظر ابن شمعون م ٤١٤ حيث نص على أنه « إذا طلب من الفاعل هنا عقده على البنت لزمته شرعا إذا كانت حلاله ولو كانت معيبة ، ولها منع الطلاق إلا إذا زنت » و « إذا لم يمتثل الفاعل .. جوزى بالحرمان الشرعى حتى يمتثل أو يراضى البنت وأهلها » (م ٤١٥) .

ثانيا : عدم وجود مانع من موانع الزواج

١٢٦ مكرر (٤) — تمهيد : يمكن تقسيم الموانع فى الشريعة اليهودية ، كما هو الشأن بالنسبة للشريعة المسيحية إلى تقسيمات متنوعة ، فمنها ما هو مؤبد دائم ومنها ما هو مؤقت ، ومنها ما هو مطلق ، ومنها ما هو نسبى . ولكن الموانع هنا مبطلة ، خلافا للشريعة المسيحية ، إذ رأينا أن من الموانع ماهو مبطل ومنها ما هو محرم . وسنقسم دراستنا للموانع إلى طائفتين رئيسيتين ، كما فعلنا فى دراستنا للموانع فى الشريعة المسيحية ، موانع مطلقة وموانع نسبية . ويدخل تحت النوع الأول مانع السن ، ومانع العجز الجنسى والجنون ، والزواج السابق والعـدة .

أما النوع الثانى فيدخل تحته مانع القرابة ، ومانع الجريمة ومانع اختلاف الدين ، والزواج من المطلقة بعد عقد الغير عليها ، ثم نعرض بعد ذلك لممنوعات الكاهن ، وحيض المرأة .

الطائفة الأولى : الموانع المطلقة

١٢٦ مكرر (٥) — (١) السن : رأينـــا فيما سبق أنه يجب أن يتوافر فى الزوجين شرط السن ، بأن يكونا بالغين . والبلوغ المقصود فى هذه الحالة يختلف عند الربانيين عنه بالنسبة للقرائين . فاذا كان يتحدد على أساس بلوغ سن معينة لدى الربانيين فضلا عن استلزام بالبلوغ الطبيعى بالنسبة للبنت ، فانه يتحدد لدى القرائين بالبلوغ الطبيعى . فعدم البلوغ إذن مانع من الزواج . وقد رأينـا أنه من الناحية العملية ، يلزم بلوغ الزوج سن ١٨ والزوجة سن ١٦ سنة حتى يمكن أن يتم توثيق الزواج ، وإن كان الزواج يصح قبـل بلوغ هذه السن من الناحية الدينية متى بلغ الزوجان طبقا لما تقضى به الشريعة الدينية .

١٢٦ مكرر (٦) – (٢) المرض – العجز الجنسى : يعتبر العجز الجنسى مانعا من الزواج فى الشريعة اليهودية ويسرى ما قلناه بالنسبة للشريعة المسيحية هنا أيضا ، وبصفة خاصة من حيث التعريف بالعجز الجنسى وشروطه ، مع مراعاة ما تتميز به الشريعة اليهودية فى هذا الخصوص ، إذ ينصرف العجز الجنسى عندهم إلى العجز لدى الرجل فقط .

وتنص المادة ٤٥ من ابن شمعون على أنه « يحرم التزوج بمن كان مرضوض الخصيتين أو مخصيهما كلتيهما أو إحداهما ، أو مجبوب الاحليل »[١] . فالعجز الجنسى هنا ينصرف إلى العجز لدى الرجل ويعتبر المانع موجوداً متى قام سبب من الأسباب المذكورة وقت العقد ، وهو يعد كذلك حتى ولو كانت العاهة طارئة ، سواء كانت من فعل إنسان أو بسبب حيوان أوشىء من الأشياء

وإذا كانت العاهة خلقة أو عن مرض فلا منع . وهذا خلافا للقرائين إذ الغرض هو منع مصاهرة العقيم[٢] .

وجاء بالنسبة للقرائين إن « الموجوء والمجبوب ممنوعان شرعا ، ضرورة أن لا نسل لهما : فان الأول كالخصى لا ماء له ولو أنعظ ، والثانى مجرد من العضو المعلوم أو من سبيلى النسل ، فان النسل يمتنع إما بالعضو وإما بالاثنين وإما بسبيلى البذر التناسلى المعروفين بالحبلين . فاذا وجئا أو قطعا صار الرجل عنينا . ولهذا إذا كان الرجل مصابا بشىء من ذلك وأثبت الطب تأثيره على التناسل ، منع »[٣] .

---

(١) أنظر فى تفصيل العجز لدى الربانيين ما جاء بشعار الخضر ، ص ١٠٦ – ١٠٧ .

(٢) شعار الخضر ص ١٠٧ ويبدو أن القرائين يعتبرون العقم مانعا ، بخلاف الربانيين الذين يستثنون العقيم خلقة أو مرضاً ولا يمنعون عقده (شعار الخضر ص ١٠٧)

(٣) شعار الخضر ص ١٠٦

هذا بالنسبة للعجز الجنسى . أما الامراض الأخرى ، فهى لا تعتبر من موانع الزواج فى الشريعة اليهودية ، مع مراعاة أن الجنون يعتبر مانعا من الزواج ، إذ يلزم لقيام الزواج إلى جانب البلوغ ، العقل ، ولا يجيز اليهود زواج المجنون حتى فى فترة إفاقته[1].

١٢٦ مكرر (٧) — (٣) **الزواج السابق** : لا يعتبر الارتباط بزواج سابق قائم مانعا للرجل من التزوج ثانية فى الشريعة اليهودية خلافا للمسيحية ، إذ تبيح اليهودية تعدد الزوجات ، وخاصة متى كان فى سعة من العيش وأمكنه العدل بينهن ، وكان لذلك مسوغ شرعى[2].

وإذا كان التعدد مباحا فى الشريعة اليهودية فانه غير مرغوب فيه[3] ، بل

---

(١) وتنص المادة ٤٧ من ابن شمعون على أن « الجنون المطبق فى أحد الاثنين مانع من الزواج ، وإلا كان باطلا » . كما أن اليهود يستلزمون التمييز لقبول الزواج والرضا به ، والتمييز يقتضى العقل . (ص ٧١ شعار) . ولا يختلف القراءون عن الربانيين بالنسبة لهذا المانع .

(٢) هذا ما نصت عليه المادة ٥٥ من ابن شمعون . وهو أيضاً ما يقول به القراءون إذ يلزم عندهم للتعدد إمكان العدل بين الزوجات وعدم الاضرار بالاقبال على الواحدة والاعراض عن الأخرى (ص ٨٣ شعار الخضر) .

ومن المسوغات للتزوج بأخرى حالة ما إذا كانت الأولى عقيما (أنظر المادة ١٦٤ من ابن شمعون . وانظر كذلك ص ٨٤ من شعار الخضر) . ومن المسوغات كذلك جنون الزوجة الأولى (أنظر المادة ١٣٢ وكذلك المادة ٣٣٣) .

(٣) وتنص المادة ٥٤ من ابن شمعون على أنه « لا ينبغى للرجل أن يكون له أكثر من زوجة ، وعليه أن يحلف يمينا على هذا حين العقد ، وإن كان لا حجر ولا حصر فى متن التوراة » . والواقع أنه إذا حلف الزوج على هذا وحنث فى يمينه ، صح زواجه الثانى ، وإن لزمته الحرمة الدينية ، لأن حقوق الزوجين لا تقبل التعديل بالاتفاق ولو عززت باليمين (أنظر جميل الشرقاوى طبعة ٥٩/١٩٦٠ ص ١٨٢ بهامش ٢) لو روده ضمن المحارم .

إنه فى بعض الأحيان يلزم للتزوج بأخرى طلاق الأولى[1]، أو قبولها[2].

وقد بين شعار الخضر بالنسبة للقرائين أن التعدد بين الزوجات يصح بأربع ، حتى ولو كانت ميسرة الرجل تسمح بأكثر من ذلك[3].

أما بالنسبة للمرأة فان ارتباطها بزواج قائم يعتبر مانعا من الزواج . إذ لا يصح « العقد على امرأة غير خالية أو غير ثابت طلاقها شرعا أو وفاة زوجها » . أى لا بد من أن تنقضى رابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة ، سواء كانت الوفاة حقيقية أم حكمية على نحو ما بينا بالنسبة للمسيحيين [4] .

وقد عرض شعار الخضر بالنسبة للمرأة لحالة ما إذا عقدت زواجا ثانيا أثناء قيام زواجها الأول وفرق بين العقد والدخول . فاذا عقد عليها فقط دون أن تدخل إلى الثانى ، كان عقدها الثانى باطلا واعتبر كأن لم يكن ، ومعنى هذا أنها تظل لزوجها الأول . أما إذا دخل بها الثانى ، فانها تحرم على « الاثنين إلى الأبد ، فيطلقها الأول ، ثم تحل لغيرهما » . وهى تحرم على الثانى فى هذه الحالة نظراً لأن زواجها به كان باطلا من أصله لقيام مانع وهو الزواج الأول [5] .

---

(١) وتنص المادة ١٧٦ من ابن شمعون على أنه « لا يجوز للرجل التزوج على زوجته الكارهة قبل طلاقها شرعا » .

(٢) أنظر المادة ١٦٤ من ابن شمعون .

(٣) وهو ما يقره القراءون والربانيون (أنظر ص ٨٣ شعار الخضر) .

(٤) أنظر م ٣٥ من ابن شمعون وكذلك ص ٨٥ شعار حيث جاء « إذا عقد وهاجر ولم يرد خبر وفاته فلا تحل لغيره ، ما لم تطلق أو تتحقق الوفاة ، وكيفيتها تثبت فى شهادة الخلو » .

(٥) وقد عرضت المادة ٣٧٥ من ابن شمعون لحالة ما إذا كان هناك محل لتجديد الطلاق (انظر المواد ٣٧٢- ٣٧٤) وقبل أن يحصل هذا التجديد ، تقدمت المرأة على شخص آخر ، فتصير بذلك محرمة على الاثنين ، ويجب التجديد (تجديد الطلاق) من الأول والطلاق من الثانى .

ولذلك لم ينص على طلاقها من الثانى . وهذا هو مارجحه صاحب الشعار[1] .

١٢٦ مكرر (٨) — (٤) مانع العدة : إذا ما انقضت الرابطة الزوجية لأى سبب من الأسباب كان على المرأة الانتظار فترة معينة ، هى فترة العدة ، كما قدمنا بالنسبة للمسيحيين ، حتى تتحقق بذلك براءة الرحم ، منعـا لاختلاط الأنساب[2] . فالمنع من الزواج يكون خلال فترة العدة ، وهو من النظام العام ، مما يدعو إلى العمل بحكمه سواء لدى الربانيين أم لدى القرائين . وهـذا على ما يبدو — من المسائل المتفق عليها بينهم . وقد أوردت القواعد الخاصة بالربانيين تفصيلات فى هذا الموضوع ، خلافا للقرائين . إذ نصت المادة ٤٩ عندهم على أن «المطلقة أو الأرملة لايجوز العقد عليها قبل انقضاء عدتهـا اثنين وتسعين يوما ، يحسب منها يوم الطلاق أو الوفاة ، صبية كانت أو مسنة ومقيمـة مع زوجها ، أو بمعزل عنه ، حتى ولو لم يدخل عليها»[3] .

---

(١) أنظر ص ٨٤ . وانظر تفصيلا لهذا الموضوع فى ص ٨٤ وما بعدها من شعار الخضر ، تحت عنوان « امرأة الرجل » . وانظر بصفة عامة بالنسبة لمن لاينفذهن عقد ص ٧٩ وما بعدها من الشعار .

(٢) ولهذا الاعتبار لا تجب العدة على المرأة إذا ما طلقها الرجل ثم عاد إليها بعقده عليها ثانية (م ٣٨١ من ابن شمعون) .

(٣) وواضح أن العدة ترتبط بانقضاء الزوجية حتى ولو لم يحصل اتصال أو دخول ، وهذا خلافا للمسيحيين الذين يجيزون إنقاص مدة العدة متى ثبت بصفة قاطعة أن الزوج لم يعاشر زوجته منذ عشرة شهور (أنظر ما سبق رقم ١١٥ مكرر) — وانظر كذلك المادة ٣٧٧ من ابن شمعون حيث تنص على ضرورة العدة « فى جميع الأحوال : حتى لو لم يكن غير التقديس أو كان الرجل عنينا أو مجبوبا أو مريضاً أو غائبا أو مسجونا أو كانت الزوجة صغيرة أو عاقراً أو عجوزاً » .

هذا وتنص المادة ٣٧٦ على أنه « لا يجوز العقد على المطلقة أو الأرملة قبل انقضاء عدتها الشرعية تسعين يوما لا يحسب منها يوم الطلاق أو الوفاة ولايوم العقد » . والتوفيق =

أما بالنسبة للحامل وأم الرضيع ، فانه يجب عليها العدة كذلك . فاذا كان المطلقة والأرملة حاملا ، لا يجوز العقد عليها قبل الوضع ، أو قبل بلوغ الرضيع سنتين كاملتين والمقصود من هذا رعاية مصلحة الصغير [1] .

هذا وتقضى الشريعة اليهودية بمنع الرجل من الزواج إذا توفيت زوجته «قبل فوات ثلاثة أعياد لا يحسب منها عيد الاستغفار ولا عيد رأس السنة» ، ما لم تر السلطة الشرعية غير ذلك ، « إذا وجدت ضرورة للتعجيل وعدم الانتظار » [2] .

الطائفة الثانية

الموانع النسبية وغيرها من الموانع الأخرى

١٢٦ مكرر (٩) – (١) القرابة : عرضنا فيما سبق لمانع القرابة لدى المسيحيين، وما قلناه فى هذا الخصوص بالنسبة للحكمة من هذا المانع يمكن أن يقال به هنا أيضا . مع مراعاة أن ما بيناه من الأنواع المختلفة للقرابة لا يؤخذ به لدى اليهود، وإنما يقتصر مانع القرابة هنا على الموانع الناشئة عن النسب والمصاهرة . كما يراعى فى صدد هذا المانع بصفة عامة لدى اليهود أن القرائين يتوسعون فيه خلافا

= بين هذا النص ونص المادة ٤٩ من جعل مدة العدة ٩٠ يوما كاملة يجب أن يراعى أنه يحسب من الـ ٩٢ يوما المنصوص عليها فى هذه الأخيرة يوم الوفاة أو الطلاق ويوم العقد .

ومدة الثلاثة أشهر هى مدة العدة عند القرائين كذلك (ص ١٠٤ شعار الخضر) .

(١) أنظر المادة ٥٠ و٣٧٨ من ابن شمعون . ولهذا « إذا مات الصغير زالت العدة » . كما « تنقضى العدة أيضا فى حياة الأب بالفطام أو برضاع الصغير من غير أمه ثلاثة أشهر ولم ترضعه فيها أمه ، أو كانت لا ابن لها » (م ٣٧٩ و ٣٨٠ من ابن شمعون) . وواضح من النص الأخير أن العدة يجب أن تكون من طلاق والأب لا زال حياً . فاذا كانت أرملة ، طبق الحكم وظلت سنتين .

(٢) أنظر المادتين ٧١ و ٧٢ من ابن شمعون .

الربانيين ، نظراً لأن القرائين يستعملون القياس ، أما الآخرون فيتمسكون بالمنطوق وحده ولا يأخذون بالقياس[1] . وهذا ما يدعونا إلى الكلام عن حالات التحريم بسبب القرابة لدى الربانيين ثم لدى القرائين .

فى شريعة الربانيين لا يصح عقد الزواج مع وجود قرابة تحريم أو مانع شرعى . وقرابة التحريم نوعان : « نوع لا ينعقد فيه العقد ولا يحتاج إلى طلاق ولايعد الأولاد فيه شرعيين ، ونوع يكون العقد فيه باطلا ويجبر الرجل على الطلاق ولا يعد أولاده غير شرعيين[2] . ويلاحظ على هذين النوعين من قرابة التحريم أنهما لا يقومان على قاعدة معينة متسقة ، بل عددت محرمات كل نوع دون ترابط ، مع الجمع بين قرابة النسب وقرابة المصاهرة .

---

(١) أنظر شعار الخضر ص ٢٩ ــ ٣٢ . وانظر المادة ٤١ من ابن شمعون التى تنص على « أنه لا قياس فى المحرمات بنوعيها ، فهن مستثنيات حصرا علون أو سفلن . وما عداهن حلال » . وانظر : مراد فرج : القراءون والربانون ، السابق ، فى المحارم ص ١١٨-١٢٢ وانظر فى مسالك التحريم : شعار الخضر ص ٣٤ - ٣٧

(٢) مادة ٣٧ و ٣٨ من ابن شمعون . وقد نصت المادتان ٣٩ و ٤٠ على المحرمات من النوعين

ومحرمات **النوع الأول** هن : الأم ، والبنت ، وبنت الابن ، وامرأة العم لأب ، وبنت الزوجة ، وبنت بنتها وبنت ابنها ، والحماة وأمها ، والأخت ، والعمة والخالة ، وامرأة الأب وامرأة الابن ، وامرأة الأخ ، وأخت الزوجة . « مع مراعاة أنه يجوز التزوج بأخت الزوجة إذا توفيت م ٤٢ » .

ومحرمات **النوع الثانى** هن : الجدة وامرأة الجد وامرأة ابن الابن وامرأة ابن البنت وبنت بنت الابن وبنت ابن الابن . وبنت بنت البنت ، وبنت ابن البنت ، وبنت بنت ابن الزوجة ، وبنت بنت بنت الزوجة ، وجدة أبى الزوجة ، وجدة أم الزوجة ، وجدة الجد ، وامرأة العم لأم ، وامرأة الخال .

ويراعى أنه « يحرم التزوج بغير الشرعيين ذكوراً وإناثاً من محرمات النوع الأول . فاذا حصل التزوج مع ذلك أكره الزوجان على الطلاق . وإذا ولدا ولدا عد أولادهما أيضا غير شرعيين » . م ٤٤ ابن شمعون .

فى شريعة القرائين : يحدد القراءون حالات التحريم من الآيات الواردة فى هذا الشأن مع إضافة حالات أخرى قياساً على ما جاء بتلك الآيات [1].
وينتهى علماء القراءون إلى تحريم زواج الرجل بأصوله وفروعه ، وبفروع أبويه وبفروع أجداده إذا انفصلن عن الأصل بدرجة واحدة كالعمة والخالة . وكذلك يحرمون الزواج من زوجات أصول الشخص وفروعه وأصول زوجته وفروعها . هذا إلى جانب أنهم يتوسعون فى تحريم الزواج بسبب المصاهرة [2].

وقد قسم القراءون المحرمات إلى فئات معينة عرضوا لها تحت عنوان مآخذ التحريم . ونعرض لها هنا بايجاز :

١ — المأخذ الأول : حرمة الرجل على أقاربه الستة : أبيه وأمه ، وأخيه وأخته ،وابنه وبنته ، وذلك استنادا إلى الكتاب والاجماع . والحرمة على الذكور معناها نساؤهم ، فيحرم على الرجل أن يتزوج بامرأة أبيه وامرأة أخيه وامرأة ابنه . وكما يرجع تحريم الرجل إلى امرأته يرجع أيضا إلى مزنيته مختارة كانت أم مكرهة [3].

٢ — المأخذ الثانى : حرمة الرجل على قريب قريبه : عمه ، عمته ، خاله ، خالته . بنت ابنه ، ابن ابنه ، بنت بنته ، ابن بنته ، بنت أخته . ابن أخته . ابن أخيه ، وبنت أخيه . وكل هؤلاء يقال لهم أقارب القريب . وحرمة الذكور محلها نساؤهم ، كما بينا فى الوجه الأول ، ويلحق بهن مزنيتهم [4].

---

(١) أنظر فى الآيات الواردة فى التحريم ونصوصها وشرحها ص ١٦ — ٢٩ من شعار الخضر .
(٢) أنظر جيل الشرقاوى ، (٥٩/١٩٦٠) ص ١٧١ وهامش ١
(٣) أنظر تفصيلا لذلك : الشعار ص ٣٧ — ٣٨
(٤) أنظر تفصيلا لهذا المأخذ : المرجع السابق ص ٣٨ — ٤٠

٣ ـ المأخذ الثالث : حرمة الرجل على القريبين للنهى عن المرأة وبنتها فى الآية الحادية عشرة فى الأصول والفروع والأجنحة ، كالمرأة وأباها أو أمها أو أخاها أو أختها أو ابنها أو بنتها . والحرمة على الذكور محلها نساؤهم [١] .

٤ ـ المأخذ الرابع : حرمة الرجل على الذات وقريب قريبه، كالمرأة وبنت بنتها أو بنت أختها أو ابن ابنها أو أبا أبيها أو أم أمها أو بنت أخيها ، وبالجملة أى ذات وقريب قريبه فى الأصول والفروع والأجنحة . والذكور مرجعهم نساؤهم [٢] .

٥ ـ المأخذ الخامس : حرمة القريبين على القريبين للنهى عن بنت امرأة الأب فى الآية الخامسة ، لأن الرجل وابنه قريبان والمرأة وبنتها قريبان . كذلك الأخوان لأختين أو للأم وبنتها أو الأختان لرجل وابنه . وبالجملة كل قريبين فى الأصول والفروع والأجنحة [٣] .

---

(١) وحرمة النسوة المذكورات فى المأخذ الأول أى امرأة الأب وامرأة الأخ ... كما تجىء من جهة أزواجهن تجىء أيضا من هنا تبعا لحرمة القريبين على الذات ، كذلك الضرائر، فضرة الأم وضرة الأخت وضرة البنت محرم لأن الرجل وأمه أو أخته أو بنته قريبان فيحرمان على الذات الواحدة وهى الضرة . وتحريم المرأة على المرأة يرجع إلى زوجها . فاذا أخذ الرجل ضرة أمه حرمت هذه عليها ، أى على زوجها كذلك ضرة الأخت أو البنت ... أنظر فى هذا وفى الجداول التى وضعت فى شأن حرمة الرجل على زوجية أقاربه أو حرمته على أقارب زوجته ، أو حرمته على أقارب زوجية زوجته - المرجع السابق ص ٤٠ - ٤١

(٢) ويراعى أن الرجل وعمه ذات وقريب قريبه ، والعم مرجعة امرأته فهما يحرمان على الذات الواحدة أى تلك المرأة . وفى المأخذ الرابع ثلاث جداول : الأول حرمة الرجل على زوجية أقارب أقاربه ، والثانى على أقارب أقارب زوجيته ، والثالث على أقارب زوجية زوجيته . أنظر فى هذا ص ٤١ ـ ٤٤ من الشعار .

(٣) أنظر فى تفصيل هذا المأخذ ، المرجع السابق ص ٤٤ وما بعدها ، والجداول الواردة فى شأنه من حيث حرمة الرجل على أقارب زوجية أقاربه ، وحرمته على أقارب زوجية زوجية أقاربه ، وحرمته على أقارب زوجية أقارب زوجيته .

٦ ـ المأخذ السادس : حرمة القريبين على الذات وقريب قريبه فى الأصول والفروع دون الاجنحة ، أى الأصل والفرع فقط فى الذات ، وقريب قريبه أما فى القريبين فالجناح أيضا[1] . ومن هذا المأخذ يحـرم على الرجل أقارب زوجية أقارب أقاربه ، ومرجع الذكور نساؤهم ، وعلى أقارب زوجية زوجية أقارب أقاربه ، وعلى أقارب أقارب زوجيـة أقاربه ، وعلى أقارب أقارب زوجية زوجية أقاربه . وعلى أقارب أقارب زوجية أقارب زوجيته . وعلى أقارب زوجية أقارب أقارب زوجيته[2] .

هذه هى المآخذ التى وضعت لبيان أوجه التحريم لدى القرائين ، سـواء كانت القرابة نسبية أم مصاهرة . ويراعى أن العقد لا ينفذ فى المحـارم ، فلا يحتاج إلى الطلاق ، عدا المرأة على المرأة وكون تحريمها يرجع إلى زوجها ، وعدا المأخذ السادس أيضا برمته ، فان الطلاق فى هاتين الحالتين لازم ضرورة كونهما محل خلاف بين المحققين[3] .

١٢٦ مكرر (١٠) ـ (٢) مانع الجريمة ـ الزنا : يبدو من استعراض القواعد الخاصة باليهود ، بصفة عامة أنهم ينظرون إلى هذا المانع نظرة مغايرة للشريعة المسيحية ؛ إذ أن مانع الجريمة عندهم لاينصرف إلى القتـــل ، وإنما فقط للمانع بسبب الزنا . ونفرق هنا بين القواعد الخاصة بالربانيين ، وتلك الخاصة بالقرائين .

---

(١) أنظر فى مبنى هذا المأخذ وتوضيحه ، المرجع السابق ص ٤٨ وما بعدها .

(٢) أنظر الجداول الواردة ص ٥٠ وما بعـدها فى هـــذا الصدد . وانظر ص ٤٩ وما بعدها بالهامش .

وانظر بصفة عامة فى كيفية البحث فى الجداول التى أوردها شعار الخضر ص ٥٩ـ٦١

(٣) شعار الخضر ص ٦١.

شريعة الربانيين : إذا زنت المرأة ، فانها تحرم على زوجها ، وعليه طلاقها[1] ، هذا مالم يكن زناها اغتصابا[2] . وتحرم المرأة على زوجها كذلك ، إذا ثبت اختلاؤها بشخص آخر ومكثها معه وقتا ما [3] . وإذا طلق الرجل زوجته لتهمة الزنا ، فانها لا تجوز له بعد ذلك ، ويكون على السلطة الشرعية أن تخبره بأنها محرمة عليه أبداً[4] . هذا بالنسبة لتحريمها على زوجها

وتحرم المرأة كذلك على من اختلى أو زنى بها . فهى تحرم على من اختلت به ، وإذا عقد عليها كاف شرعاً بطلاقها[5] . كما تحرم على شريكها فى الزنا الذى كان سبب طلاقها من زوجها بزناه معها [6] . بل إن الربانيين يجعلون للسلطة الشرعية منع زواج المطلقة ممن تسبب فى طلاقها بصفة عامة تحريما لها عليه [7] .

---

(١) أنظر المادة ١٨١ من شمعون . وفى هذه الحالة تحرم من حقوقها . وانظر فى هذا المعنى كذلك المادة ١٨٦ ، وكذلك المادة ١٧٧ .

(٢) أنظر المادة ١٨٤ .

(٣) وتنص المادة ١٨٨ على أنه « إذا نهى الرجل امرأته عن أحد وأنذرها بحضرة شاهدين ، ثم ثبت اختلاؤها به ومكثها معه وقتا ما ، حرمت على زوجها ولاحق لها » . ويكفى أن يتحقق هذا حتى ولو لم يثبت الزنا شرعا على وجه يقينى .

(٤) أنظر المادتين ٣٨٥ و ٣٧٧ .

(٥) المادة ١٩٠ .

(٦) م ٣٤٧ تنص على أنه « يكلف الرجل شرعا بطلاق امرأته ولو رزقت منه ، إذا كان هو السبب فى طلاقها من غيره بزناه معها ، ولا يلزم بما لها من الحقوق » .

على أنه إذا كان عقدها على من زنا بها « فاسدا شرعا » إذا تزوجت بعد طلاقها لعلة الزنا بمن زنى بها ، إلا أنها إذا ولدت فمولودها لا يعد ابن زنا (م ٣١٦) .

(٧) وتنص المادة ٣٤٤ على أنه « لا يملك المطلق تحريم المرأة على أحد . فكل شرط فى الطلاق من هذا القبيل باطل . وإنما للرجل عند الطلاق أن يخبر عمن تسبب فيه ، وللسلطة الشرعية منع زواجه بالمطلقة تحريما لها عليه » .

شريعة القرائين : عرض شعار الخضر للزانية وزواج المتعة ، كما عرض لحكم الزانية وتحريمها على زوجها وعلى من زنت به .

والزانية عندهم على نوعين : مبتذلة للكافة ، وهم يحرمون الزواج منها — كايبدو — بصفة مطلقة[1] ، والثانية الزوجة لأجل ، وزواجها باطل ، لأن زواج المتعة أشبه بالزنا أو المخالة . وهذا ما يرجحه صاحب الشعار ؛ ويرجع بطلانه إلى أنه مخالف أصلا للقصد الشرعى من الزواج ، وهو ألا يكون لأجل[2] . فالمانع فى هذه الحالة يكون من التزوج بالزانية المبتذلة للكافة ، ومن زواج المتعة لأنه أشبه بالزناء والمخالة[3] .

والزنا يحرم المرأة على زوجها الأول[4] . كما نصوا كذلك على أن « المزنى بها تحرم على صاحبها إذا تزوجها آخر أو زنى بها »[5] .

---

(١) وقد جاء فى الشعار أن « حرمتها من قبل الكتاب أبدية ، لما ينشأ عنها من المفاسد كالقتل وجهل النسب ، فقد يقع الرجل على بنته أو أمه وهو لا يدرى » .

(٢) أنظر الشعار ص ١٠١ وهامش ٢ من الصفحة نفسها وفى ص١٠٢ .

(٣) فهو (زواج المتعة) « باطل شرعا من أصله ، قطعاومنعا لنوعه » (شعارص١٠٢ بالهامش) . أنظر كذلك المادة ١٣ من اللائحة الشرعية .

(٤) وهذا هوالحكم لدىالربانيين ، كما قدمنا . وهى تحرم عليه «ولو كان الأمر منهاعن اشتباه ، كحرمة الزانى بها على أقارب الزانى تأثرا بالفعل ، وإذا فرق الكتاب بين المشتبهة وغيرها فانما هو بالنظر إليها وحدها . أما بالنظر إلى زوجها فالحكم هو هو ، إذ بمس غيره إياها تنجست عليه على كل حال » (١٠٣ شعار) .

(٥) ويثور التساؤل عما إذا كان المقصود بكلمة « صاحبها » هنا هو زوجها أمصاحبها فى الزنا ؟ والواقع أنه يمكن أن تنصرف إلى الاثنين معا . فاذا قلنا إنه زوجها كانت محرمة عليه إذا تزوجها آخر أوزنى بها . وهذا ما تؤيده النصوص إذ " الرجوع إلى المرأة بعد عقد الغير عليها معصية " . . . (ص ١٠٤ وانظر كذلك ص ١٠٣) ، وإذا قلنا إنه صاحبها فى الزنا كانت محرمة عليه كذلك . وهذا ما يفهم مما ورد بشأن تحريم المرأة على زوجها وعلى من عقد عليها حال قيام زواجها الاول ودخل بها . والحرمة هنا — كما قيل — مصدرها اقتضاء النص =

١٢٦ مكرر (١١) – (٣) مانع اختلاف الدين أو الملة : تعرض القواعد الخاصة بالربانيين لهذا المانع ، فتقرر أن « الدين والمذهب شرط لصحة العقد . فاذا كان أحد الاثنين من غير الدين أو من مذهب آخر ، فلا يجوز العقد بينهما ، وإلا كان باطلا » (م ١٧) ومن هذا نتبين أن اختلاف الدين يعتبر مانعا عندهم من الزواج ، كما يعتبر اختلاف المذهب ، مانعا كذلك ، فلا يصح عندهم الزواج بين الربانيين والقرائين[١] .

ولا يختلف الحكم بالنسبة للقرائين إلا فى الحالة الأخيرة . فهم لا يجيزون الزواج مع اختلاف الدين ويجعلونه باطلا لا يحتاج إلى طلاق[٢] . أما فى حالة اختلاف المذهب فان الزواج يصح ، فيصح أن ينعقد بين الربانيين والقرائين[٣] وإن كان الأمر محل خلاف[٤] .

= " كتحريم المزنى بها على الزانى إذا عقد عليها آخر ودخل بها ، فانه بدخول الثانى بها تعد تنجست بالنسبة إلى الأول فتحرم عليه " (ص ٨٤ شعار) . وهو ما يفهم منه أن المزنى بها تحرم على الزانى إذا تزوجها آخر ودخل بها ، كما تحرم عليه من باب أولى إذا زنى بها آخر وهى فى هذه الحالة الأخيرة تكون كالمبتذلة للكافة .

وتنص المادة ٣٨٤ من ابن شمعون ، على أنه " إذا خالت المرأة رجلا ثم تزوجت بآخر وطلقها ، جاز لخليلها أن يعقد عليها " . وهم فى هـذا يخالفون القرائين .

(١) أنظر فى شأن هذا التحريم : القراءون والربانون ، لمراد فرج ، السابق ص ١٣٥ وص ١٥٥ . وانظر كذلك بالنسبة للربانيين ابن شمعون م ١٨ و١٩ . وانظر بالنسبة للمرتد زوجها م ٣٢٣ .

(٢) أنظر بالنسبة لمن لا ينفذ عقدهن ص ٧٩ — ٨١ وهم يطلقون على المختلفة فى الدين بالأجنبية (أنظر ص ٨٩ — ٩٠) وبالنسبة للمرتد زوجها أنظر ص ٨٨ — ٨٩ .

(٣) أنظر فى الدفاع عن هذا : مراد فرج : القراءون . والربانون ص ١٦٠ — ١٦١ .

(٤) أنظر المرجع السابق ص ١٦٤ .

وانظر فى موقف القرائين من بعض الفئات الأخرى ، وهى ما وردت فى الشعار تحت عنوان " إناث وذكور أخر " فى حالة " العمونى والمؤابى " (ص ٩٨ — ٩٩) و " الأرومى والمصرى " (ص ١٠٠) " والجبعونيون " (ص ١٠٠) و « السامرة » (ص ١٠١) .

ومهما يكن من أمر هذا المانع ، فانه يسرى فى شأنه ما سبق أن بيناه بالنسبة للمسيحيين . وإعمال أحكام الشريعة الاسلامية فى حالة اختلاف الأفراد فى الديانة والمذهب[1] .

١٢٦ مكرر (١٢) - (٤) المطلقة بعد زواجها بالغير : من الموانع النسبية كذلك لدى اليهود حالة المرأة المطلقة إذا تزوجت بالغير بعد طلاقها ، إذ فى هذه الحالة تحرم على زوجها الأول ، نظراً لأنها تتنجس بمس الغير لها . أى لا يجوز لزوجها الأول أن يرجع إليها بعد مسها ، أى بعد عقد الآخر عليها .

فاذا كان للرجل أن يعود إلى مطلقته بالعقد عليها ، إلا أنها تحرم عليه « إذا تزوجت غيره أو تقدست »[2] . أى أنه لا يلزم لتحريم المرأة فى هذه الحالة دخول الزوج الجديد عليها ، وإنما يكفى العقد عليها . هذا عند الربانيين . وهو ما يقول به القراءون كذلك . فالمعقود عليها كالمدخول بها ، حتى ولو كانت خطبة[3] .

١٢٦ مكرر (١٣) - (٥) حالات اخرى من الموانع : (١) تحريم المرأة بسبب دم الحيض : تنص المادة ١٥٥ بالنسبة للربانيين على أنه « إذا تكرر ثلاث مرات متواليات عقب الزواج ظهور دم الحيض فى الزوجة حين اختلاء الرجل بها حرمت عليه ، ووجب عليه تطليقها وليس عليه إلا ما دخلت به ، ولا يجوز عقده عليها ثانية » ومن

---

(١) انظر فيما سبق بند رقم ١٢٥ .

(٢) م ٣٨٢ من ابن شمعون . ولا يكفى فى هذه الحالة أن تختلى المطلقة بغير مطلقها من غير عقد شرعى ، إذ فى هذه الحالة يجوز لمطلقها الرجوع إليها (م ٣٨٢) .

(٣) مع مراعاة أن الخطبة عندهم مرحلة من مرحلتى الزواج ولا تنقضى إلا بالطلاق . فاذا عقد على المرأة ، ولو خطبة ، ثم طلقت وعقد عليها آخر خطبة أيضا وطلقها ، لايجوز لصاحب العقد الأول أن يرجع إليها . أنظر شمار الخضر ص ١٠٢ - ١٠٣

هذا يتبين أن ظهور دم الحيض على النحو المذكور يوجب تطليق المرأة ، وفى هذه الحالة يمتنع عليه أن يعقد عليها ثانية ، حتى ولو لم يعقد عليها شخص آخر .

ويبدو اتفاق القرائين والربانيين حول هذا الموضوع ، وهم يفرقون بين العقد على الحائض والعقد على غيرها من المحرمات . وإذا كان العقد فى هذه الحالة الأخيرة باطلا كأن لم يكن نظراً لأن المحرم ليست محلا للعقد ، فانه عقد الحائض ينفذ[1] . وإذا كانت الحائض قد ذكرت ضمن المحارم ، إلا أن المقصود بها حالها مع زوجها . على أنه إذا قيل إن العقد عليها يلزم تجديده بعد الطهر ، فليس المعنى بطلان العقد الأول ، بل يبقى كما هو لا يزعزعه غير الطلاق[2] .

(ب) ممنوعات الكاهن : نصت المادة ٤٦ بالنسبة للربانيين على أنه «يحرم على الكاهن التزوج بالمطلقة منه أو من غيره ، وبالزانية[3] . فاذا تزوج أجبر على الطلاق ، وإذا أعقب كان النسل خارجا عن الكهنوت . والمرأة من هذا النسل لا تحل للكاهن » .

وينص القراءون على أن ممنوعات الكاهن ينفذ عقدهن ، وهن : الزانية والمبتذلة ، والمطلقة والأرملة . ولكن أرملة الكاهن غير ممنوعة على الكاهن الثانوى[4] .

---

(١) جاء فى الشعار ص ٧٩ تحت عنوان « من لا ينفذ عقدهن » : « قال إخواننا (الربانيون) إن من عقد على محرم كان كأنه لم يفعل شيئا لأنها ليست محلا للعقد ، بخلاف الحائض فان عقدها ينفذ . كذلك قال علماؤنا ... »

(٢) الشعار ص ٨٠ . والذى يلاحظ أن المنع هنا يكون بالنسبة لعقد الزواج وقت الحيض بدليل أنهم يجيزونه بعد الطهر . وانظر كذلك : مراد فرج : القراؤن والربانون ، السابق ص ١١٧ .

(٣) بل إن « الزنا اغتصابا يحرم الزوجة شرعا على الكاهن ، ويوجب طلاقها مع بقاء حقوقها » (م ١٨٥) من أنها لا تحرم فى هذه الحالة على غير الكاهن (أنظر م ١٨٤) .

(٤) أنظر توضيحاً لهذا فى شعار الخضر ص ١٠٥ — ١٠٦ .

ثالثا : المهـــــر

١٢٦ مكرر (١٤) – ضرورة المهر وأحكامه : اتقسم اليهود حول المهر وأحكامه . وقد عرض القراءون لذلك بصورة أكثر تفصيلا من الربانيين الذين جاءت قواعدهم موجزة فى هذا الشأن .

ويجعل القراءون من المهر ركنا من أركان العقد[١]، وهم يعرضون لذلك بصورة واضحة على خلاف الربانيين ، وإن كان يبدو بالنسبة لهؤلاء الأخيرين أنهم يوجبون أن يسمى المهر عند عقد الخطبة (م ١) ، فضلا عن أنهم يتطلبون أن يكون أخذ المرأة بالعوض ، ولو كان هذا العوض « بارة » أو ما يوازيها . وهو واجب على الزوج يلتزم به لزوجته فى عقد الزواج ، ولو لم يأخذ منها شيئاً (م ٩٨ من ابن شمعون) .

وإذا كان المهر ركنا من أركان الزواج ، لأنه هو ما تقضى به المرأة ، فان القرائين ينصون على أنه « يحرم الدخول بها قبل قبضها المهر ، كما يحرم تجاوزها عنه ، تفاديا من أن تضع نفسها موضع غير الزوجة الشرعية[٢] » . فهو مقابل الملك . ويعرف عندهم بالمعجل أو المقدم . أما المؤجل فهو ما يقابل المقدم ، وهو واجب أيضا وجوب المعجل ، وذلك بقصد الاحتراس من أن تهون المرأة فى عين الرجل فيطلقها ، أى أنه يقصد منه تشديد الطلاق ، فضلا عن أنه يكون لها ذخراً إذا طلقت أو ترملت[٣] .

---

(١) ذلك أن أركان العقد عندهم هى : المهر ، والوثيقة ، والقبول (العلانية الشرعية) . فلا زواج عندهم بلا كتابة أو بلا مهر ، بل لا بد من توافرهما معا دائما وأبدا (أنظر شعار الخضر ص ٦٣–٦٤) . وانظر فى اعتبار المهر شرطا لصحة الزواج لدى الربانيين حكم النقض فى ٢٧ يونيو ١٩٥٧ . مجموعة المكتب الفنى س ٨ عدد ٢ رقم ٧٤ ص ٦٥٣ .

(٢) شعار الخضر ص ٦٧ .

(٣) شعار الخضر ص ٦٥ – ٦٦ .

وقد اختلف حول مقدار المهر . وتنص القواعد الخاصة بالربانيين على أن « المهر الشرعى للبكر مائتا محبوب أو سبعة وثلاثون درهما فضة نقية ، ولغير البكر النصف غنية كانت أم فقيرة » (م ٩٩) . وقد انتقد صاحب الشعار تحديد الربانيين لمقدار المهر [١] . ولكن اختلف علماء القرائين أنفسهم حول تحديد معياره [٢] . ولكن صاحب الشعار يرجح أنه لامعيار له إلا عن طريق العرف ومنزلة المتعاقدين . ولهذا لم تضع له التوراة حداً ، وأنه يجب على القائمين بالأمر أن يقنعوا الرجال بالمهر اللائق بحسب عرف البلد ، وإلا امتنعوا من أن يعقدوا له . ولكن من عقد بشاهدين وكان المهر ولو بارة أو ما يوازى فالعقد صحيح . وخلاصة القول عنده أن يكون العقد بما هو المتداول فى البلدة من المسكوكات أو بما يوازى . وإنما على القائمين بالأمر جعل العقد بالمهر المناسب . وهو ماينوه عنه فى العقد بقوله « والمهر الذى قبلته وقدرته لها على نفسى هو مهر بكارتها المنصوص عليه فى الكتاب أعطيه إليها حسبما تطلب » [٣] .

وقد أوجب العلماء المؤجل من المهر كالمعجل ، فلا يعقد العقد بدونه ، بل إنه يحرم الدخول بلا مؤجل ، فهو واجب . ويكون المؤخر كالمقدم للزوجة نفسها ، دون أبيها أو أقاربها . ولكن المقدم يعطى إليها متى كانت بالغا . أما

---

(١) أنظر ص ٦٦ من المرجع السابق .

(٢) وقد جاء فى المرجع السابق ص ٦٦ — ٦٧ حول تحديد معيار المهر أن العلماء قد اختلفوا . « فنهم من رجع إليه فى قوله بشأن المغتصبة « فيعطى لأبى الفتاة خمسين فضة » ، قالوا فلولا أن له معيارا ما كان لقوله « كمهر البكارى » معنى ، فان القياس إنما يكون بالمقيس عليه . ومنهم من قال ان لا معيار له ، فلا يتأتى أن يكون مهر الوضيعة كمهر ذات الحسب . . ومنهم من قال إن للمهر معياراً وبحسب درجة المتعاقدين وتراضيهما يقبل الزيادة ، أما النزول منه فلا يصح ، وما قول الكتاب « كمهر البكارى » إلا كناية عن عدم جواز الحط منه ..

(٣) المرجع السابق ص ٦٧ .

إذا كانت قاصراً فيعطى لأبيها ... ، وهو يكون من أموالها يورث عنها . أما المؤجل فوجوبه عند الطلاق أو الوفاة ، فيكون للمرأة عوناً وذخراً ، وإذا ماتت فلا يرثه ورثتها كالمقدم[1] .

هذا وقد يثبت فى العقد المقدم دون المؤجل . وقد يكون العكس . وقد يثبت المؤجل والمعجل . ومع ذلك فان صاحب الشعار يرى أنه يجب بيان المقدم فى العقد مع الجهاز ، أى ما تدخل به العروس . ويعرف بجملته بكلمة « كتوباه » . كما أنه يحسن بيان المؤجل . بل إنه يجب ذكره كذلك ، كما هو المتبع[2] .

شروط المهر وأنواعه : وإذا كان لابد من المهر وأنه يحرم أن تتجاوز عنه المرأة ، كما يحرم على الرجل أن يدخل عليها بلا مهر ، فانه يلزم أن يكون مما يجوز الانتفاع به لا مما يحرم كالخمير فى عيد الفصح وكالثور المرجوم وقرابين الشرك بالله وكل ما يتعلق بعبادة غير الواحد الأحد . كذلك لا يجوز أن يكون من الأشياء المقدسة كقرابين بيت المقدس وما يختص به ... ويقول العلماء فى هذا الصدد إنه إذا كان المهر شيئاً من هذا عن جهالة ، فلا يضر بالعقد . أما إذا كان عن علم فباطل . كما يلزم كذلك ألا يكون المهر من سرقة أو خيانة

---

(١) وهذا عند القرائين . أما عند الربانيين فانهم يورثونه . وينتقد صاحب الشعار ذلك عندهم ، لأن العلة فى فرض المؤجل منع سهولة الطلاق وأن يكون لها عونا عند الترمل فلا وجه لتوريثه (شعار الخضر ص ٦٨) .

(٢) أنظر شعار الخضر ص ٦٨ والهامش .

وإذا لم يثبت المؤجل فى العقد ، كما يفعل بعضهم ، فقد يقع الطلاق فيضيم . نعم إن بعض العلماء يرى إلزام الزوج أو ورثته به مع ذلك بحسب ما يناسب . ولكنه إهمال على كل حال يدعو إلى الاستهانة بالطلاق خلاف ما يقتضيه الشرع ، بل إنه يكاد يعد من المستحرمات » (المرجع نفسه ص ٦٨ — ٦٩) .

أو غصب أو لقطة ، وإلا كان العقد باطلا[1] .

والمهر كما يصح أن يكون من العملة المتداوله . فانه يصح أن يكون عملا ، كخدمة سيدنا يعقوب حماه مقابل المهر ، وأن يكون دينًا إلى أجل ، ويصح أن يكون مقاصة فتبرأ ذمة الرجل بقدر المهر . كما قد يجزأ المهر ، فينجز بعضه ويوفى البعض الآخر هدايا فيما بعد شيئًا فشيئًا ، أو قد يؤدى كله هدايا ، وهى لا تخرج عن أن تكون مهراً ولو لم يحصل القنوان علنًا[2] .

المبحث الثانى

الشكل الدينى فى الزواج

١٢٦ مكرر (١٥) - تمهيد : رأينا فيما سبق أنه لايكفى لقيام الزواج فى الشريعة المسيحية واليهودية أن تتوافر الشروط الموضوعية من حيث الرضا وعدم وجود مانع من الموانع ، ومن حيث استلزام المهر عند اليهود ، بل لابد كذلك من توافر شرط شكلى للانعقاد هو الشكل الدينى . ويثير البحث فى هذا الموضوع الكلام عن الشكل الدينى ، وضرورته لانعقاد الزواج . ثم عن صلة هذا الشرط بقواعد توثيق عقود الزواج ، ثم عن الاجراءات التى تتخذ فى هذا الصدد لقيام الزواج . ونتكلم أولا عن أحكام الشريعة المسيحية . ثم نتبعها بالكلام عن أحكام الشريعة اليهودية .

---

(١) ذلك لأن كون الشىء من الحرام ملك لصاحبه . ولهذا فاذا رد العوض إلى صاحبه وفقا للشرع أو لم يهتد إلى صاحب اللقطة فالعقد صحيح (أنظر ص ٧٤ من الشمار) .

(٢) غير أنه قد يعجل بعضهم بالهدايا قبل القنوان وهى ليست من المهر ، فقال العلماء تعد مع ذلك منه منعا من الشبهة ، فانها شرعا بنية العقد على المرأة خلافا لما ترسله هى إليه ، فهو لا عبرة به شرعا .. (أنظر ص٧٥ من شمار الحضر) .

المطلب الأول
فى الشريعة المسيحية

١٢٧ - **ضرورة الشكل الدينى وصورته** : لكى ينعقد الزواج المسيحى صحيحا لا يكفى أن يرضى الطرفان بذلك وألا يقوم بينهما مانع من الموانع ، بل لابد إلى جانب ذلك من أن يتم الزواج فى الشكل الدينى المطلوب ، أى لابد من إتمامه فى المراسم الدينية التى تستلزمها ديانة الزوجين مع ضرورة اتخاذ اللازم لإتمام ذلك بصورة علنيــة . فاذا لم يتوافر هذا الشكل الدينى كان الزواج باطلا بلا خلاف فى ذلك بين الطوائف المسيحية جميعها [1].

وتتمثل الشكلية بصفة عامة فى ضرورة أن يتم الرضا على يد أحد رجال الدين الذى يقوم بالصلاة والتبريك والتكليل وفقا للطقوس الدينية المرسومة فى هذا الصدد ، وأن يتم ذلك أمام الشهود حتى تتوافر العلانيــة اللازمة . هذه الإجراءات الدينية تعتبر لازمة لدى الكنائس المختلفة .

---

(١) على أن الانعقاد الدينى للزواج لم يتقرر لدى الكنائس كلها منذ البداية ، فقد كان الزواج لدى الكنيسة الكاثوليكية الغربية رضائيا حتى المجمع المسمى بمجمع (Trente) فى القرن السادس عشر . فمنذ ذلك الحين أصبح الزواج لديهم عقداً شكلياً ، لابد فيه من حضور رجل الدين والشهود ، كما أصبح لا ينتج أثره بين المسيحيين من مجرد التراضى . ولقد جاء قرار المجمع فى هذا الشأن لكى يتدارك ما كان هنالك من مساوىء ومضار كثيراً ما كانت تنتج عن إتمام الزواج فى الخفاء (Clandestinement) . أنظر فى هذا الصدد : Fourneret , السابق ص ١٤٥ - ١٤٦ . « ناز » ، السابق ص ٣٦٧ - ٣٦٨ . وأنظر بالنسبة لبطلان الزواج المعقود فى الخفاء واعتباره مانعا كنائسيا : فيليب جلاد ، السابق ، المادة ١٠٢-١٠٤ من القواعد الخاصة بالكاثوليك (ص ٣٨٢ - ٣٨٣)

أما الكنائس الشرقية فقد أبدت موالاتها فى المحافظة على التقاليد الشرقية التى تعلق أهمية كبرى على دور رجل الدين فى التبريك والتكليل عند الزواج ، فأعطت أهميــة كبرى للاحتفال الدينى بالزواج وإتمامه علانية . وقد مرت هذه المسألة بتطور طويل منذ القرون الأولى ، وانتهى الأمر إلى أن أصبح الزواج الذى لا يتم فى الشكل الدينى المطلوب يعتبر زواجاً باطلا « أنظر فى هذا : دوفيليبه ودوكليرك : الزواج فى القانون الكنسى الشرقى ، السابق ص ٤٠ وما بعدها .

وقد قرر فقه الأقبـاط الأرثوذكس هذا الأمر منذ القدم ، إذ جاء فى قوانين ابن لقاق بصدد الإملاك ، وقد كان المرحلة الأولى فى الزواج ولـكنه أصبح يتم مع التـكليل فى وقت واحد ، كما رأينـا من قبل [١] ، « أنه يعقد بحضـور كاهنين قسيسين أو قس وشماسين رشيدين ، ويوضع الصليب ويقرر المهر ، ويكتب مكتوب من ثلاث نسخ ... » [٢]. ويقول ابن العسال فى صدد انعقاد الزواج إنه لابد أن يتم علانية فلا « يكلل أحد سراً ، بل بمحضر كثيرين » . ثم يستمر بعد ذلك فيقرر أن عقد التزويج لا يتم ولا يكون إلا بحضرة كاهن وصلاته عليهما وتقريبه لهما القربان المقدس فى وقت الإكليل الذى به يتحدان ويصيران جسداً واحداً ، كما قال الله سبحانه . وعلى خلاف ذلك لا يعد لهما تزويجا ؛ فان الصلاة هى التى تحلل النساء للرجال والرجال للنساء » [٣] .

وقد ظهر أثر هذا الفقه فى نصوص المجموعات الحديثة للأقباط ، حيث تقرر أن « الزواج سرمقدس يتم بصلاة الإكليل على يد كاهن ، طبقا لطقوس الـكنيسة القبطية الأرثوذكسية ... » [٤] . ومن هـذا يتبين لنـا أن زواج الأقباط الأرثوذكس لايتم إلا طبقا لطقوس الـكنيسة القبطية الأرثوذكسية ، بصلاة الاكليل على يد كاهن .

---

(١) ما سبق فقرة ٨٢

(٢) ملحق ابن العسال ، السابق ، ص ١٧ . وهذا هو ما أورده ابن العسال فى كتابه ، السابق ، ص ١٩٨ ، وأوردته الخلاصة القانونية فى المسألة ٦ .

(٣) ابن العسال ، السابق ، ص ٢٠٤ . وقد جاء فى المسألة ١١ من الخلاصة القانونية أن « حد الزواج هو اتفاق رجل وامرأة اتفاقا ظاهرا ، بشهادة وصلاة اكليروس ، واختلاط عيشهما اختلاطا شرعيا محصلا لغاياته المعتبرة » .

(٤) أنظر المادتين ١٤ و ١٥ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ على التوالى .

وهذا ما نصت عليه الطوائف الأرثوذكسية الأخرى مع تفاوت فى التعبير عن هذه الفكرة وإبقاء على جوهرها ، إذ استلزمت أن يتم الزواج على يد رجل الدين الذى تخوله الكنيسة القيام بذلك [١] .

وبالنسبة للطوائف الكاثوليكية ، نصت المادة ٨٥ من الارادة الرسولية للطوائف الشرقية بصفة عامة على أنه « لا يصح زواج إلا إذا عقد برتبه دينية Dans un rite sacré أمام الخورى أو الرئيس الكنسى المحلى أو كاهن أذن له أحدهما بحضور الزواج ، وأمام شاهدين على الأقل ، وذلك حسب ماتقضى به المواد التالية ، مع مراعاة الاستثناءات فى المادتين ٨٩و٩٠ » . وينص البند الثانى من المادة نفسها على أن « تعد الرتبة دينية لتنفيذ البند الأول بمجرد وجود الكاهن إذا حضر وبارك » . ومن هذا يتضح لنا أن حضور الكاهن ومنحه البركة للطرفين يعتبر شرطا جوهريا لقيام الزواج لدى الكاثوليك ، على أن تراعى العلانية من ناحية أخرى عن طريق حضور الشهود ، وأن يكون الكاهن الذى يقوم باجراء الزواج متمتعا بالصلاحية [٢] . فالبركة إلزامية لصحة

---

(١) أنظر المادة الأولى من القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس حيث تنص على أن « يقوم بالاكليل كاهن من الكنيسة الأرثوذكسية بالشرق ، تخوله قوانين الكنيسة حق القيام به » . والمادة ١٤ من القواعد الخاصة بالأرمن حيث تنص على أنه « يقام سر الزواج علنا فى الكنيسة بواسطة كاهن من طائفة الأرمن الأرثوذكس ، مسموح له بذلك من وزارة العدل ، ومعين فى التصريح الذى يصدره الرئيس الدينى ، كذلك يجب أن تكون إجراءات الزواج على طقوس الكنيسة الأرمنية الأرثوذكسية ، وبحضور شاهدين ويجوز الاحتفال بالزواج فى منزل أحد الزوجين بناء علي تصريح خاص من الرئيس الدينى » . والمادة ٤١/٢ من مجموعة السريان إذ تقضى بأن « أما عقد الاكليل فيراد به بركة الكنيسة التى بها يبارك الكهنة الأكاليل ويضعونها على رؤس المتزوجين »

وانظر كذلك مذكراتنا السابق الاشارة اليها لطلبة كلية الحقوق ، ص ١١٤ .

(٢) وقد استلزمت القواعد الخاصة بالكاثوليك شروطا أخرى سواء بالنسبة للكاهن أو الرئيس الكنسى ، وبالنسبة للدور الذى يقومان به فى الاحتفال بالزواج . كما وضعت شروطا تتعلق باختصاصاتهم فى القيام باجراءات الزواج .

=

عقد الزواج عند الكاثوليك . ولا يكفى مجرد حضور الكاهن فى الكنيسة ، إذ أن حضوره لاينوب عن البركة ، ولكن لابد أن يبارك الأكليل حتى يتسم بطابع الصحة . ويكفى أن تكون البركة بسيطة [١] اعتيادية ، ولا يلزم القيام برتبة طقسية معينة ، وإن كانت الرتبة الطقسية ضرورية لجواز الاحتفال بسر الزواج [٢] .

وبالنسبة للانجيليين تنص المادة ١٢ من القواعد الخاصة بهم على هذا الشرط فتقضى بأنه « لا يعقد إكليل الزواج إلا القسس المرسومون قانونا أو مرشدو الكنائس الانجيلية الذين يمنح لهم المجلس العمومى الرخصة بذلك » .

هـذا عن شرط الانعقاد الدينى والصـورة التى ينبغى أن يتخذها لدى الطوائف المسيحية المختلفة . ويتبين لنا أن من اللازم إتمام الزواج فى الشكل الدينى الذى تتطلبه كنائس الطوائف المختلفة بالنسبة لأبنائها . وإذا لم يتوافر

= أنظر فى تفصيل هذه المسائل : المواد ٨٥ وما بعدها من الإرادة الرسولية ، والرسالة المخلصية : العدد سالف الذكر ، بعنوان « صيغة إبرام عقد الزواج » بقلم الأب يوحنا ريزاك اليسوعى ص ٥٢١ ومابعدها ، وGaltier السابق وخاصة ص ٣٣٣ وما بعدها . وفيليب جلاد ، السابق ، المادتان ٤٢ و ٤٣ ، والمواد ١٠٢ - ١٠٤ من القواعد الخاصة بالكاثوليك . وانظر النصوص المقابلة لهذا فى القانون الكنسى الغربى ، المواد ١٠٩٤ ومابعدها فى « ناز » ، المرجع السابق ص ٣٦٨ وما بعدها .

(١) ويمكن أن تتألف البركة إما من إشارة الصليب فقط ، وإما من إشارة الصليب ترافقها كلمات لاستنزال البركة الالهية على المتعاقدين (المقال السابق الاشارة إليه فى الهامش السابق بالرسالة المخلصية ص ٥٢٣)

(٢) وتنص المادة ٩١ من الارادة الرسولية على أنه : « يجب المحافظة عند إبرام عقد الزواج على الطقوس والرتب les rites et cérémonies المرسومة فى الكتب الطقسية المثبتة بسلطان الكنيسة ، أوالتى صارت مرعية بقوة عوائد مشروعة ، إلا إذا حالت الضرورة دون ذلك » .

هذا الشكل كان الزواج باطلا ، لأن الشكل الدينى شرط لانعقاد الزواج[1] :

ولا تثار صعوبة ما إذا ماتم الزواج بين أبناء طائفة واحدة أمام كنيستهم ، وطبقاً لطقوسها على يد كاهن من كهنة الكنيسة نفسها مختص بابرام الزواج . ولكن هل يمكن أن يقوم هؤلاء بابرام زواجهم أمام كنيسة أخرى ؟ وإذا ماتزوج مسيحيان فى الخارج فما حكم مثل هذا الزواج؟ هنا نعرض لحكم الزواج أمام كنيسة أخرى وحكمه إذا ما تم فى الخارج .

١٢٧ مكرر : ـ الزواج أمام كنيسة أخرى أو فى الخارج :

تعرضت نصوص الارادة الرسولية لذلك ، ويمكن أن نجمل أحكامها فى فرضين أساسيين :

ففى الفرض الأول ، حيث يكون الطرفان من طقس الكاهن ؛ حتى ولو لم يكونا من مرؤوسيه ، فى هذه الحالة يصح الزواج . إذ أن المادة ٨٦ تنص فى بندها الأول (ثانيا) على أن«حضور الخورى أو الرئيس الكنسى المحلى يكون صحيحاً ضمن حدود مكان ولا يتهما فقط ، ولا فرق بين أن يكون المتعاقدان من مرؤسيهما (Sujets) أولا ، على أن يكونا من طقسهما » . فالمهم فى هذه الحالة هو أن يكون للكاهن السلطة وأن يكون المتعاقدان من طقسه ، حتى ولو لم يكونا تابعين له ، كما يكفى أن يكون أحدهما تابعاً لطقسه ، بل إنه يصح

---

(١) وانظر بالنسبة لسلطة الكنيسة على الزواج وفى أنه عقد مقدس وسر من أسرارها ، وعدم إحلال الزواج كمجرد عقد بين رجل وامرأة يبرمانه أمام السلطة المدنية ووفقاً للشرائع المدنية ... مقالا للايكومونوس اثناسيوس مشنتف عن الزواج المدنى والمجتمع ، فى الرسالة المخلصية ، العدد السابق الاشارة إليه ، ص ٦٢٦ وما بعدها .

للكاهن أن يعقد لهما الزواج حتى ولو داخل كنيسة أخرى غير كنيستهما ، أى تابعة لطائفة أخرى ، طالما كانا تابعين لطقسه [١] .

وفى الفرض الثانى : حيث لا يوجد للمتعاقدين رئيس كنسى من طقسهما فمن هو الكاهن الذى يحق له فى تلك الحالة أن يحضر زواجهما ؟

نصت المادة ٨٦ بند ٣ عدد ٢ على أنه « إذا وجد مؤمنو أحد الطقوس دون خورى ، فليعين لهم رئيسهم الكنسى خوريا من طقس آخر يعنى بهم ، بعد نيل رضى الرئيس الكنسى الذى يخضع له الخورى المطلوب تعيينه » .

ذلك أنه قد يحدث فى بعض البلاد ـ داخل حدود الولاية الطقسية ـ ألا يكون لطائفة معينة خورى خاص من طقسهم ، ففى هذه الحالة يستطيع الرئيس الدينى لهذه الطائفة أن يعين خورى تلك البلدة ، الذى يتبع طقساً آخر ، يعينه رئيساً شرعياً لأبناء طائفته ، وذلك بالاتفاق مع الرئيس الكنسى للخورى المراد تعيينه [٢].

أما إذا وجد المتعاقدان خارج حدود الولاية الطقسية ، فقد نصت المادة ٨٦ بند ٣ عدد ٣ على أنه « إذا لم يكن لبعض المؤمنين رئيس كنسى من طقسهم خارج مكان ولاية طقسهم الخاص ، يجب اعتبار الرئيس الكنسى المحلى رئيساً كنسيا خاصاً بهم » . من ذلك مثلا حالة ما إذا وجد الكاثوليك الشرقيون خارج حدود الولاية الطقسية الخاصة بهم حيث تقام مراسيم الطقوس الشرقية فى بلادهم كسوريا ولبنان ومصر . . أو البلاد التى أثبتت لهم فيها سلطة كنسية

---

(١) أنظر الرسالة المخلصية ، السابق ، ص ٥٢٦ و ٥٢٧ .

(٢) أنظر توضيح ذلك فى الرسالة المخلصية ، العدد السابق ص ٥٢٨ - ٥٢٩ .

ولو كانت خارج البلاد الشرقية مثل كندا والولايات المتحدة والبرازيل ، إذا ما وجدوا خارج حدود تلك الجهات التى تقام فيها مراسيم طقوسهم ، كما إذا وجدوا فى الأرجنتين مثلا كالموارنة القاطنين هناك ، فانه يجب اعتبار الأسقف اللاتينى المحلى رئيساً شرعياً لهم . وهذا الأسقف يعين لكل فئة الكاهن الذى يهتم بشئونها . و « إذا ما تعدد الرؤساء الكنسيون المحليون فيعتبر رئيسا خاصا منهم من يعينه الكرسى الرسولى أو من يعينه البطريرك بعد نيل رضى الكرسى الرسولى ، إذا كان الحق الخاص le droit particulier يعهد إليه بالعناية بمن يقيم خارج البطريركيات من مؤمنى طقسه » [١]

هذه هى أهم الحلول التى وضعتها الارادة الرسولية بالنسبة للطوائف الكاثوليكية الشرقية . ومنها نتبين أنها قد نظمت السبيل الذى ينبغى على المتعاقدين سلوكه إذا لم يوجد رجل دين من طقسهما ، أو إذا وجدا فى خارج نطاق الولاية الطقسية الخاصة بهما . ونعتقد أنه بهذا التنظيم قد لا تثار أية إشكالات تتعلق ببطلان الزواج لتخلف شرط الانعقاد الدينى .

أما بالنسبة للطوائف الأخرى ، فان استعراض النصوص الخاصة بها يبين لنا أنها استلزمت بصفة عامة أن يتم الزواج على يد كاهن مختص طبقا لطقوس الكنيسة

---

(١) المادة ٨٦ بند ٣ عدد ٣ وانظر كذلك الرسالة المخلصية ، العدد السابق ص ٥٢٩-٥٣٠ .

هذا ، وقد تعرضت الارادة الرسولية لمسألة زواج الطوافين أو المتجولين Vagabond - والطواف هو من لا يملك بيتا ولاتعرف له إقامة ثابتة ، أو هو الذى لاقرار له فى محل معين ـ فنصت على أن « خوريه الخاص ورئيسه الكنسى الخاص هما خورى طقسه أو الرئيس الكنسى المحلى الذى من طقسه حيث يقيم الدوار (الطواف) فعلا actuellement - فاذا ما خلا المكان من خورى أو رئيس كنسى من طقسه ، فانه يعمل بالقواعد المرسومة فى العدد ٢ و ٣ » (المادة ٨٦ بند ٣ عدد ٤ ، وانظر كذلك : فيليب جلاد ، السابق ص ٣٨٤ فتوى رقم ٥٤)

التى يتبعها الطرفان والـكاهن . ولما كانت تلك النصوص هى الواجبة التطليق بالنسبة لأتباع تلك الطوائف ، فان هذا يعنى أنه إذا تم الزواج على غير ماجاءت به كان باطلا ، وعلى وجه خاص إذا تم فى الداخل . وقد يقال تأييداً لذلك إنه طالما وجد الطرفان فى داخل البلاد ، فان من الميسور عليهما الالتجاء إلى كاهن من أبناء طائفتهما . ولـكن ما الحـكم لو تعذر عليهما الالتجـاء إلى كاهن من أبناء الطائفة ، أو كان فى الوصول إليه مشقة . ألا يمـكن القول بأنه يكون لهما أن يلجأ إلى كاهن من طائفة أخرى [1] ؟ .

لا نجد فى شرائع الطوائف المختلفة ـ غير الـكاثوليـكية ـ حلا لذلك . مع أن الأمر كان فى حاجة إلى التنظيم ، نظراً لاحتمال قيامه فى الحياة العملية . فاذا كان من المتعين أن ينعقد الزواج على يد كاهن من أبناء طائفة الطرفين ، إلاأنه كان من اللازم أن تنظم الحالات التى يتعذر فيها الوصول إليه . وقد دعا هـذا بعض الشراح إلى القول بأنه يكفى أن ينعقد الزواج دينيا فى إحدى الـكنائس المسيحية ، لأن المذاهب المسيحية جميعها تلتقى وتشتق من مصدر واحد هوالدين المسيحى ، وأن الشكليات الأخرى لا تؤثر على جوهر العقيـــدة . ذلك أن الفـكرة الأساسية فى انعقاد الزواج دينيا على يد كاهن مسيحى هى أن يكون الطرفان قد آمنا أن الله تعالى قد بارك زواجهما . ويستطيع أى كاهن يتبع أى مذهب مسيحى أن يستدر هذه البركة لهما فى كنيسته بصرف النظر عمـا إذا كانت أرثوذكسية أو كاثوليـكية [2] .

---

(١) والواقع أن هذا الفرض نادر من الناحية العملية ، إذا كان الزوجان فى الداخل . إذ يعمل الطرفان دائما على التغلب على هذه الصعوبة ويعاونهما على ذلك رجل الدين المختص بإبرام الزواج . ولعل هذا هو مادعا إلى عدم التعرض لهذه الحالة بالتنظيم من الطوائف المختلفة، من غير الـكاثوليك .

(٢) أنظر فى هذا : تادرس ميخائيل تادرس : شرح الأحوال الشخصية للمصريين ، غير المسلمين ، السابق ، ص ٥٦ وما بعدها .

وقد نظمت مجموعة الأقباط الأرثوذكس مسألة الزواج فى الخارج فنصت المادة ٣٥ من مجموعـــة ١٩٥٥ على أن «كل قبطى أرثوذكسى تزوج خارج القطر المصرى طبقاً لقوانين البلد الذى تم فيه الزواج ، يجب عليه فى خلال ستة شهور من تاريخ عودته إلى القطر المصرى أن يتقدم إلى الرئيس الدينى المختص لاتمام الاجراءات اللازمة ، طبقاً لقوانين وطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية » .

ويلاحظ على هذا النص أولا أنه يجعل من زواج القبطى الأرثوذكسى خارج البلاد طبقا لقوانين البلد الذى تم فيه الزواج ، يجعل منه زواجا صحيحاً ، بصورة مطلقة مع أن من المحتمل أن يتزوج زواجا مدنيا ، وهذا الزواج يقع باطلا من أصله ، لأن شرط الانعقاد الدينى شرط جوهرى لقيامه[1] . لكن إذا تم مثل هذا الزواج مستوفيا لشرط الانعقاد الدينى ، ولو فى أية كنيسة أخرى غير أرثوذكسية ، فانه يقوم صحيحاً ، وكل ما هنالك أنه يقع على صاحبه عبء أدبى هو التقـدم ـ بعد عودته ـ إلى كنيسته لمباركته ؛ فاذا لم يتقدم ، فان هذا لا ينتقص من صحة زواجه . ولهذا فان اشتراط أن يتقدم فى ظرف ستة أشهر إلى كنيسته لإتمام الاجراءات طبقا لقوانين وطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية شرط لا لزوم له[2] .

---

(١) أنظر تادرس ميخائيل ، السابق ، ص ٦١ .

(٢) أنظر أيضا تادرس ميخائيل ، السابق ص ٦١ . وانظر كذلك أحمد سلامة : دروس فى الأحوال الشخصية لطلبة كلية الحقوق (عين شمس) ١٩٥٨/١٩٥٩ ، الجزء الثانى ص ٢١

وتوجب المادة ١٦ أرمن « تسجيل صورة عقد الزواج الذى تم خارج القطر فى سجل الزواج بالبطريركية الكائن بدائرتها محل الزوجية ، وذلك فى خلال ستة أشهر من عودة الزوجين أو أحدهما إلى هذا المحل » . وهذا النص يختلف عما جاء بالنسبة للأقباط ، إذ يبدو منه أن الزواج يكون صحيحاً ، لأنه لا يستلزم « إتمام الاجراءات » كما يقضى نص الأقباط

ويجدر بنا فى هذا المقـام أن نبين أن زواج غير المسلمين من المصريين فى الخارج ، إما أن يكون فى بلاد ذات تشريعات مدنية ، وإما أن يكون فى بلاد ذات زواج دينى .

ففى البلاد ذات التشريعات المدنية التى لا تعتد بالشروط الدينية ، يتعين مع ذلك تنفيذ شرط الانعقاد الدينى وإغفال الأحكام الأجنبية المحلية . ولهذا فان المسيحيين من المصريين الذين يجرون عقود زواجهم فى الخارج يكلفون بتنفيذ شرائعهم[1] . ذلك أنه إذا كانت القاعدة أن العقد يخضع من حيث الشكل لقانون البلد الذى أبرم فيه **Locus regit actum** إلا أنه بالنسبة للزواج إذا كان قانون بلد أحد الزوجين يحتم شرط الانعقاد الدينى، فان العقد لا يعتبر صحيحاً إذا عقد بغير ذلك خارج البلد[2] . وهذا يعنى أن شرط الانعقاد الدينى بين المسيحيين ينبغى استلزامه حتى ولو تم الزواج فى الخارج ، باعتبـــاره من الشروط الجوهرية التى تستلزمها الشرائع الملية الخاصة بالمسيحيين فى مصر .

أما فى دول الزواج الدينى ، وهى التى تحتفظ بالمراسيم الدينيـة كشرط جوهرى لقيام العقد ، فهنا يستطيع المصريون سلوك هذا السبيل[3] . وفى هذه الحالة إذا ما تم الزواج فى الشكل الدينى فإما أن يتم طبقا لطقوس كنيسة

---

(١) أنظر بطرس وديع كساب ، رسالته السابقة ، فقرة ١٢٨ ص ١٤٧ .

(٢) وهذا ما أقرته اتفاقية لاهاى فى ١٢ يونيه ١٩٠٢ بشأن الزواج . أنظر بطرس كساب ، السابق ، فقرة ١١٨ ص ١٣٤ والمراجع المشار إليها فى هامش ١ و ٢ . تادرس ميخائيل ، السابق ، فقرة ٧٧ ص ٥٧ . وانظر مع ذلك : جميل الشرقاوى ، الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ، الكتاب الثانى (طبعة ١٩٥٩/٥٨) ص ٤٦١ هامش ٥ .

(٣) أنظر بطرس كساب ، السابق فقرة ١٢٩ ص ١٤٧ .

الطرفين ، وهنا لا يثير إشكالا ما ، كما هو الشأن بالنسبة للكاثوليك الشرقيين بصفة عامة ، ومنهم المصريون ، إذا ما وجدوا فى بلد أجنبى داخل نطاق الولاية الطقسية الخاصة بهم على نحو ما بينا من قبل . وإما أن يتم فى الشكل الدينى طبقا لطقوس كنيسة أخرى ، وفى هذه الحالة نعتقد أن الزواج يقع صحيحاً ، إذ يكفى أن يتم على يد أحد رجال الدين المسيحى .

هذا ، ولما كان شرط الانعقاد الدينى لدى جميع الطوائف المسيحية شرطا جوهريًا . فانها تستلزم أن يتخذ الزواج فى الخارج نفس الأوضاع التى يتخذها فى الداخل . ولهذا فان التعليمات القنصلية تفرض على القناصل قبل تحرير العقد بالنسبة لغير المسلمين أخذ رأى الجهة الدينية بمصر عن طريق وزارة الخارجية . وبهذه المناسبة يتاح للجهات الدينية أن تبين الطريق الواجب الاتباع طبقا لأحكام مذهبها . والمفروض بطبيعة الحال أنها تسهل على الطرفين مباشرة العقد بطريق يحقق المصلحة الدينية والروحية العائدة من الزواج(٢) .

١٢٨ – **شرط الانعقاد الدينى والتوثيق** : بينا فيما سبق ضرورة الانعقاد الدينى بالنسبة للزواج ، وأن الزواج لا يقوم إذا تخلف هذا الانعقاد الدينى

---

(١) بطرس كساب ، السابق ، فقرة ١٢٤ ص ١٤١ .

ولما كانت وظيفة القنصل لا تعدو تحرير عقود الزواج بين المواطنين فى الخارج بعد استيفاء إجراءات مستفادة من التعليمات القنصلية ، فانه يلزم – طبقا لهذه التعليمات – أخذ رأى الجهة الدينية بالنسبة لغير المسلمين . وتقضى هذه التعليمات بأنه يجوز مباشرة عقود زواج غير المسلمين المتحدين فى الدين والمذهب أو المختلفين فيهما .. وذلك بعد أخذ رأى جهتهم الدينية فى مصر بواسطة وزارة الخارجية . وقد أضافت التعليمات كذلك أنه إذا كان الأصل أن مباشرة عقود زواج غير المسلمين إنما يكون عند اختلافهما فى الدين أو المذهب ، وأنه إذا اتحد الطرفان فى الدين والمذهب ترك الأمر لجهتهما الدينية بمصر ... فانه نظراً لضرورة الاغتراب الماسة فى خارج البلاد رؤى الترخيص بمباشرة عقود زواج متحدى الدين والمذهب ، على أن يؤخذ رأى الجهات الدينية على النحو السابق (أنظر بطرس كساب ، السابق ، فقرة ١٢٣) .

فى الصورة المطلوبة . والواقع أن هذا الشرط ينبغى ألا يخلط بينه وبين مسألة أخرى هى توثيق الزواج .

فقد صدر القانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ معدلا بعض أحكام القانون ٦٨ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتوثيق . وطبقا لهذا التعديل أصبح يتولى توثيق عقود الزواج والطلاق بالنسبة إلى المصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة ، موثقون منتدبون يعينون بقرار من وزير العدل[1] . وجاء فى المذكرة الايضاحية للقانون ٦٢٩ أنه رؤى تنظيم توثيق عقود الزواج بالنسبة للمصريين من غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة[2] بوضع نظام مماثل لنظام المأذونين . إلا أن صدور هذا القانون الخاص بالتوثيق قد قصد به ، قبل كل شىء ، الرقابة والاشراف على هذه العقود وتنظيم إثباتها ، كما هو الشأن تماماً بالنسبة للنظام المتبع فى توثيق عقود الزواج لدى المسلمين . فلم يقصد به فرض شكل معين . وإذا كان هذا هو ما قصده المشرع ، فان ذلك لا يعنى الاستغناء عن الشكل الدينى وإحلال

---

(١) فقد نصت المادة الأولى من القانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ على أن تعدل المادة الثالثة من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ على الوجه الآتى : مادة ٣ ـ تتولى المكاتب توثيق جميع المحررات وذلك فيما عدا عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك ، الخاص بالمصريين المسلمين والمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة ، ويتولى توثيق عقود الزواج والطلاق بالنسبة إلى المصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة موثقون منتدبون يعينون بقرار من وزير العدل ــ ويضع الوزير لائحة تبين شروط التعيين فى وظائف الموثقين المنتدبين واختصاصاتهم وجميع ما يتعلق بهم . . »

(٢) فاذا لم يكونوا متحدى الطائفة والملة . فان التوثيق يتم بمعرفة الموثق العادى فى مكتب التوثيق . وهذا ما يفهم من نص المادة الأولى من القانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ المعدلة للمادة ٣ من القانون ٦٨ لسنة ١٩٤٧ . كما أن هذا الموثق هو الذى يقوم بتوثيق عقود الزواج ولو اتحد الأفراد فى الطائفة والملة وكان أحدهما أجنبياً (أنظر استئناف القاهرة فى ١٩٥٨/٤/١٦ رقم ١١٨٠ س ٧٤ ق فى صالح حنى ٢ رقم ٥٢٥ ص ٣٩٣ ومابعدها).

نظام التوثيق محله . وقد كشفت المذكرة الايضاحية عن ذلك صراحة بقولها : « ... على ألا يمس ذلك التوثيق الاجراءات الدينية » . فالاجراءات الدينية فى الزواج لدى غير المسلمين باقية كما هى تقوم إلى جانب التوثيق .

وتيسيراً للأمور فى هذا الصدد ، وتمشيا مع الواقع ، ومنعا لما قد يثار من إشكالات حول من يقوم بالتوثيق ، فقد اختار وزير العدل الموثقين — بالنسبة لغير المسلمين — من بين رجال الدين الذين كانوا يقومون بعقد الزواج من قبل [١] . وعلى ذلك أصبح هؤلاء يقومون بالتوثيق إلى جانب مهمتهم التى كانوا يقومون بها من قبل فى إبرام عقود الزواج . وهذا يعنى أن الاجراءات التى كانت تتم على يد رجل الدين بالنسبة لانعقاد الزواج ظلت باقية الآن ، كما كانت من قبل ، عدا عملية التوثيق التى كانت تتم بالمجالس الملية ، فقد قررت المادة ٣ من القانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ أن « تلغى أقلام التوثيق بالمحاكم الشرعية ، كما تلغى عملية التوثيق بالمجالس الملية ، وتحول إلى مكتب التوثيق جميع المضابط والسجلات والدفاتر المتعلقة بها » . ولذلك نرى أنه بعد تنظيم توثيق عقود الزواج بين غير المسلمين على النحو السابق ، لم يعد لتحرير عقود الزواج ، طبقا للتنظيم الخاص بكل طائفة ، أهمية كبيرة . فالى جانب أن مثل هذا التحرير الذى يتم طبقاً لقواعد الطوائف المختلفة ليس من الاجراءات الدينية فى الزواج [٢] ، فإن الوثيقة التى يحررها الموثق المنتدب هى التى يعتد بها إذا ما وجدت .

---

(١) أنظر القرار بلائحة الموثقين المنتدبين المعمول به من أول يناير سنة ١٩٥٦ والذى أصدرته وزارة العدل وقد نص فى المادة ٤١ من هذا القرار على أن تعد الرئاسة الدينية لكل طائفة من الطوائف غير الاسلامية كشفا بأسماء رجال الدين أو غيرهم الذين يرغبون فى الترشيح فى وظيفة موثق منتدب ... مع بيان الجهة التى يرغب كل منهم فى الترشيح فيها ..

(٢) وفى هذا يختلف المسيحيون عن اليهود ، كما سنرى فيما بعد .

وإذا كان المشرع قد نظم توثيق عقود الزواج بين غير المسلمين على النحو السابق ، فاننا نتساءل بعد ذلك عن القيمة التي يعطيها القانون لهذا التوثيق . رأينا أن المشرع قد قصد من تنظيم عملية توثيق عقود الزواج بالنسبة لغير المسلمين إلى الاشراف عليها . وعلى ذلك فلا أثر لاشتراط التوثيق على صحة عقد الزواج . فاذا ما عقد الزواج أمام رجل الدين المختص واستوفى الشروط اللازمة لانعقاده ، اعتبر صحيحاً وتترتب عليه آثاره . فشرط التوثيق ليس شرطا لازما لصحة عقد الزواج ، وهو لايغني عن اتخاذ الاجراءات الدينية [1] .

---

(١) ويأخذ القضاء بهذه الفكرة فيقرر أنه لا يترتب على عدم التوثيق بطلان العقد . ففي دعوى بين زوجين كاثوليكيين طلبت المدعية بطلان العقد مؤسسة دعواها على أن العقد لم يوثق طبقا للقانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ . ولكن المحكمة لم تجبها إلى ذلك « لأن إجراء توثيق العقد أمام الموثق المختص طبقا للقانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ ليس من شروط صحة الزواج ، وبالتالي لا يبطل العقد لعدم توثيقه » . واستطردت المحكمة تقول إن التوثيق « إنما هو إجراء تنظيمي أملته واستهدفه المشرع ، تحدده المصلحة العامة للرغبة في الاعلان عن الزواج وإشهاره والتدليل على قيامه بالنسبة للكافة ، وحفظا لحقوق كل من الطرفين قبل الآخر حتى تصان الحقوق الزوجية وتحترم روابط الأسرة ، إذا ما بدا لأحد الطرفين إنكار الزواج ، ولعل ما يؤكد هذا النظر أن المشرع لم يجعل البطلان جزاء مقرراً للعقود الغير موثقة ، بل على العكس أباح القانون سماع دعوى الزوجية وترتيب كافة آثارها ولو لم يكن العقد موثقا في حالة عدم إنكارها والاقرار بها . وهو ما نص عليه صراحة في المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . بمعنى أن الاقرار بالزوجية يقوم مقام وثيقة الزواج ، وبالتالي لا يمكن أن يدعى ببطلان عقد الزواج الذي تم صحيحا طبقا للأوضاع الشرعية لمجرد عدم توثيقه » (الاسكندرية الابتدائية للأحوال الشخصية في ٩ أبريل ١٩٥٧ حكم رقم ٩٩ لسنة ١٩٥٦ كلي — غير منشور . وقد ثبت في الحكم أن الزواج تم على يد كاهن كاثوليكي أمام شهود . وفي نفس هذا المعنى حكم آخر بين قبطيين أرثوذكسيين من المحكمة نفسها في ١٦ أبريل ١٩٥٧ — كلي ٣٤ لسنة ١٩٥٧ غير منشور)

ويبدو أن الحكم وإن بين أنه لا يوجد جزاء على تخلف التوثيق ، إلا أنه لم يتعرض لوسيلة إثبات الزواج في حالة عدم التوثيق بين متحدي الطائفة والملة في هذه الحالة إذا لم يحصل إقرار به ، وهو ما سنبينه في المتن .

قارن مع ذلك حكم استئناف القاهرة في ١٩٥٨/٤/١٦ المشار إليه سابقا ، صالح حنفي ج ٢ رقم ٥٣٥ .

ومن جهة أخرى فان المشرع إذا كان قد عهد إلى الموثقين المنتدبين من رجال الدين بتوثيق عقود الزواج بين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة ، فانه لم يوجب هذا التوثيق ، ولم يضع جزاء فى حالة عدم القيام به ، ولم يبين ماذا يكون الحكم لو لم يتم توثيق العقد ، كما هو الشأن بالنسبة للمسلمين . إذ تنص المادة ٩٩ فقرة ٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ـ وهذا النص لايزال قائما حتى الآن ـ على أنه : « لاتسمع عند الانكار دعوى الزوجية أوالاقرار بها ، إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس ١٩٣١ » . هذا النص خاص بزواج المسلمين [١] ، وهو يقضى بمنع سماع دعوى الزوجية عند الانكار ، إلا إذا وجدت وثيقة رسمية على النحو المذكور . فهو إذن نص يتعلق بتحديد أدلة الاثبات التى تثبت بها الزوجية عند الانكار . أى أنه يتعلق بقواعد موضوعية لا بقواعد إجراءات . وبعبارة أخرى إن نص المادة ٩٩ سالف الذكر لم يتحدث عن الإجراءات التى تتبع فى إقامة الدليل على الزوجية ، وإنما حدد الأدلة التى تثبت بها الزوجية عند الانكار ، وبذلك يأتى النص بقاعدة موضوعية لا بقاعدة إجراءات ، وبالتالى لاينصرف إليه نص المادة ٥ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، والذى يشير إلى الابقاء على بعض قواعد نصت عليها لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وتتعلق باجراءات التقاضى [٢] .

---

(١) كما أنه يسرى كذلك بالنسبة لغير المسلمين الذين تنطبق عليهم أحكام الشريعة الاسلامية ، نظراً لاختلافهم فى الديانة أو المذهب أو الطائفة .

(٢) وتنص المادة الخامسة سالفة الذكر على أنه « تتبع أحكام قانون المرافعات فى الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية ، عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها » ويقول الأستاذ الدكتور شفيق شحاته فى هذا الصدد (أنظر جزء ٣ سنة ١٩٥٩ ص ٩٢ بالهامش) إن نص المادة ٩٩ لم يأت بقاعدة من قواعد الاجراءات ولكنه بمنعه من سماع دعوى الزوجية قد قصد « إلى تعطيل أثر عقد الزواج بحرمانه من كل جزاء . ولا شك أن اعتبار الحق مصحوبا أو غير مصحوب بجزاء يدخل فى صميم القواعد الموضوعية ولا شأن له بالاجراءات » .

ومن ذلك نرى أنه لا يمكن القول بتطبيق نص المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى هذا الصدد على غير المسلمين المتحدين فى الطائفة والملة ، وإذا أريد تطبيقها ، فانه ليس فى القواعد القانونية الحالية ما يسعف فى هذا الصدد ، ولا بد لذلك من نص تشريعى يجعلها تسرى فى شأنهم [1] .

ولما كان الموثقون المنتدبون يقومون بتوثيق زواج غير المسلمين المتحدين فى الطائفة والملة ، فانه إذا وجدت الوثيقة الرسمية التى يحررونها ، كان من المتعين الاعتداد بها فى إثبات الزواج ، ولما كان الموثقون المنتدبون قد اختيروا من بين رجال الدين الذين كانوا يتولون إجراء الزواج بين غير المسلمين ، فان الحاصل عملا أن يكون الموثق هو نفسه رجل الدين الذى يجرى الزواج على يديه . وهو يقوم بتحرير عقد الزواج فى الدفاتر المعدة لذلك ، التى تسلم إليه ، وتشرف عليها المحكمة التى يقع فى دائرتها . ولهذا فانه يندر عملا أن نجد زواجا بين غير المسلمين المتحدين فى الطائفة والملة غير موثق على هذا النحو [2] . ومع ذلك فاذا

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع . مذكراتنا السابق الاشارة إليها لطلبة كلية الحقوق، ص ١١٦ وانظر كذلك : جميل الشرقاوى : الكتاب الثانى ، السابق (١٩٥٩/٥٨) ص ٤٦٧ـ٤٦٨ وكذلك شفيق شحاته الجزء الثالث ، رقم ٢٩٧ ، وأنظر أيضا حكم استئناف القاهرة (فى ١٦ ـ ٤ ـ ١٩٥٨) رقم ١١٨٠ س ٧٤ ق ـ صالح حنفى ٢ رقم ٥٣٥ خاصة ص ٣٩٨ ـ ٣٩٩) وقد جاء به « إن المشرع لم يعن بابقائها (م ٩٩) وجوب اتباعها بصدد المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية أيا كانت ديانة المتقاضين ، بل قصد أن يقصر تطبيقها على الزواج بالنسبة للمسلمين ، طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، باعتبار ما ورد بهذه المادة يقرر حكما موضوعياً يتصل بتهيئة الدليل مقدما » .. وعكس ذلك أحمد سلامه . مذكراته السابقة ، (١٩٥٨و١٩٥٩) ص ٣٠ وهو يرى أن المادة ٩٩ تنطبق فى هذا الصدد على غير المسلمين ، وتبعا لذلك تعتبر الوثيقة الرسمية شرطا لسماع الدعوى عندهم فى حالة الانكار .

(٢) نقول إن من النادر عملا أن توجد هذه الحالة ، لأنه لا يوجد ما يمنع من قيامها فعلا ولا قانونا . فمن الناحية الفعلية قد لا يقوم الكاهن بتحرير العقد فى الوثيقة الرسمية . ومن =

فرضنا أنه قد وجدت هذه الحالة النادرة ، فماذا يكون الحكم ؟ فى مثل هذا الفرض ينبغى الرجوع إلى الأحكام التى أوردتها القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة فى شأن إثبات الزوجية (١) . وإن كان حريا بالمشرع عند تنظيمه لأحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين أن يدخل هذا التنظيم فى اعتبارة ، أو أن يطبق عليها بنص صريح الأحكام التى تطبق بالنسبة للمسلمين ، حتى تتحقق بذلك وحدة القواعد بالنسبة لجميع المواطنين .

١٢٩ ـ **اجراءات الزواج** : رأينا أن الزواج لا بد أن يتم على يد رجل الدين المختص ، وأن هذا يعتبر أمراً لازما لوجود العقد . ويتم إجراء الزواج طبقا للقواعد المتبعة لدى كل كنيسة . وقد جرى العمل على أن تتم الإجراءات الخاصة بالزواج فى الكنيسة ، وذلك توفيراً للعلانية اللازمة له .

= الناحية القانونية لايوجد ما يمنع من أن يكون الموثق من غير رجال الدين ، وذلك بالنسبة لمتحدى الطائفة والملة . وبذلك تنفصل الاجراءات الدينية فى الزواج عن التوثيق . وفى مثل هذا الفرض يتعين إتمام الزواج أولا فى الشكل الدينى على أن يوثق فيما بعد . ولكن قد لا يتم التوثيق ، فيقوم الزواج صحيحا من الناحية الدينية ، لكن لا توجد وثيقة رسمية لاثباته .

(١) ولم تنظم غالبية الطوائف مسألة إثبات الزوجية . ولهذا يمكن القول فى شأنها بتطبيق القواعد العامة فى الاثبات . ويمكن الاستعانة فى هذا الشأن بالدفاتر والسجلات الخاصة التى يحتفظ بها رجال الدين فى الكنيسة . وهذه هى الأهمية التى بقيت لها الآن بعد تنظيم عملية التوثيق على يد الموثقين المنتدبين . كما يمكن الاثبات فى هذا الصدد أيضا بشهادة الشهود والشهرة (الحالة الظاهرة للأزواج : Possession d' état) (أنظر فى هذا الموضوع كذلك جميل الشرقاوى ، السابق (الكتاب الثانى ١٩٥٩/٥٨) ص ٤٦٥ ـ ٤٦٧ وطبعة ٥٩ ـ ١٩٦٠ ، السابق ، رقم ٥٩ ص ٢٢٤ وما بعدها) . هذا وقد نظمت المادة ٤١ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٥٥ إثبات الزواج لدى هذه الطائفة فنصت على أنه « لا يثبت الزواج وما يترتب عليه من الحقوق إلا بتقديم صورة رسمية من عقد الزواج . وفى حالة ثبوت ضياع أصل العقد أو إتلافه ، يجوز إثباته بكافة طرق الاثبات ، بما فيها البينة » . فالاثبات عندهم بكافة الطرق لا يكون إلا فى حالة ضياع أصل العقد الرسمى للزواج أو إتلافه .

وبعد القيام بالتحريات اللازمة من حيث التأكد من عدم وجود مانع من الموانع ، ومن حيث صحة الخطبة والإعلان عنها ، طبقا للإجراءات المتبعة لدى الطوائف المختلفة [(١)] ، يبدأ رجل الدين فى اتخاذ الخطوات اللازمة لإبرام الزواج فيحصل على إذن من الرئيس الدينى باجرائه إذا استلزمت القواعد الطائفية الحصول على مثل هذا الإذن [(٢)] . ثم بعد ذلك يبدأ فى القيام باجراءات الزواج طبقا للمراسيم الدينية المرسومة فى الكتب الطقسية [(٣)] ، ويتم ذلك فى حضور الطرفين شخصياً ، أو فى حضور الوكيل إذا تخلف أحد الطرفين أو كلاهما ، عند من يبيح الزواج عن طريق الوكالة ، وبحضور الأولياء إذا لزم الأمر ، والشهود . وبعد إتمام المراسيم الدينية ، يتم تحرير العقد مبينا فيه اسم كل من الزوجين ولقبه ومهنته . . . وإثبات حصول الرضا بالزواج بين الطرفين ، كما يثبت كذلك

---

(١) أنظر ماسبق أن بيناه فى هذا الشأن بند ٨٦ من هذا المؤلف . وانظر كذلك المواد ٩ وما بعدها من الارادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية .

(٢) وتنص المادة ٣١ من مجموعة ١٩٥٥ بالنسبة للاقباط الأرثوذكس على أنه «قبل مباشرة الزواج يستصدر الكاهن تصريحا بإتمامه من الرئيس الدينى المختص بعد تقديم محضر الخطبة إليه » دوفيلبيه ، ودوكليرك : الزواج فى القانون الكنسى الشرق ، السابق ، ص ٤٤ . وانظر كذلك المادة ١٣ أرمن و ٢٣ سريان . وكذلك المادة ٨٥ من الارادة الرسولية .

(٣) وهذه الاجراءات يغلب عليها الطابع الدينى ، فهى عند الأقباط تتم بصلاة الاكليل طبقا لما جاء بشأنها فى الكتب الطقسية (انظر المادة ٦ من الخلاصة القانونية . وانظر كذلك ابن العسال ، السابق ، ص ٢٠٣ — ٢٠٤ — ويضيف ابن العسال (ص ٢٠٥) أنه إذا كان المتزوجون أرامل فلا تكن لهم بركة إكليل إنما هى مرة واحدة فى الدفعة الاولى ، وهى ثابتة على أربابها وباقية فيهم أبدا . بل تكون صلاة الكاهن لهم بالاستغفار . وإن كان أحد المتزوجين بكرا فليبارك وحده . وهذه السنة للرجال والنساء جميعا . » وهذا هو الحكم لدى **السريان** (مادة ٤٤) . وانظر كذلك المادة ٢٣ . وكذلك المادة ١٤ **أرمن** .

وأنظر كذلك المادة ٩١ من الارادة الرسولية حيث تقضى بأنه — فيما عدا حالة الضرورة يراعى عند إبرام الزواج المحافظة على الطقوس والرتب المرسومة فى الكتب الطقسية . وانظر كذلك المادة ١٢ من القواعد الخاصة بالطوائف **الانجيلية** .

اسم ولى القاصر من الزوجين أو وصيه . . وإثبات موافقته على الزواج أو إذن المحكمة فى حالة عدم الموافقة . ويثبت كذلك أسماء الشهود . . . وبعد أن يثبت رجل الدين كل هذا وأن المراسيم الدينية قد تمت يوقع على وثيقة الزواج هو ومحررها ، كما يوقع عليها الزوجان ومن ينوب عن القاصر ، كما يوقع عليها الشهود كذلك

وحضور الشهود أمر ضرورى تستلزمه الكنائس الشرقية ، وذلك حتى تتوافر العلانية اللازمة للزواج . وإذا كان من المتفق عليه أن حضور الشهود ضرورى ، فان الكنائس تختلف فى العدد اللازم حضوره [1] . وإمعانا فى العلانية يتلى العقد بعد تحريره وإثباته على النحو السابق . وبعد الانتهاء من كافة الاجراءات المطلوبة يقوم رجل الدين الذى وثق الزواج باعطاء صورة من العقد الموثق إلى كل من الطرفين [2] .

١٢٩ مكرر — الزواج سرا : على أنه إذا كانت العلانية من الأمور اللازمة فى حالة إبرام الزواج ، إلا أنه قد أبيح لدى بعض المذاهب المسيحية عقده سراً

---

(١) فالمادة ٨٥ / ١ من الارادة الرسولية تستلزم حضور شاهدين على الأقل . أما المادة ٣٢ من مجموعة ١٩٥٥ للاقباط فإنها تستلزم حضور الشهود وتدوين أسمائهم . . . ولم تحدد عددهم ، مما حدا بالبعض إلى القول بأن صيغة الجمع تعنى أنه ينبغى ألا يقل عددهم عن ثلاثة . وعلى أية حال ، فاننا نرى فى هذا الشأن أنه لا ضير من حضور شهود أكثر من هذا العدد ، إذ أن هذا يحقق علانية الزواج على نطاق أوسع ، ويقول ابن العسال فى هذا الصدد ص ٢٠٤ « ولا يكلل أحد سرا ، بل بمحضر من كثيرين » ، واشترطت قوانين ابن لقلق تكليل الكاهن لهما (الزوجان) ظاهراً فى الكنيسة بمحضر من الجماعة وتقريبهما وقت الاكليل (ملحق ابن العسال ص ٢٣) .

(٢) والمفروض أن توثيق الزواج قد قام به الموثق المنتدب وهذا يختلف عن تحرير العقد وتدوينه طبقا للاجراءات الخاصة بكل طائفة ، كما سبق لنا بيان ذلك .

فى حالات استثنائية . فقد نصت المادة ٩٣ من الارادة الرسولية للكاثوليك على أنه يباح عقد الزواج سراً على سبيل الاستثناء باذن من الرئيس الكنسى نفسه ولا يستطيع نائبه القيام بذلك إلا بوكالة خاصة ، وذلك فى حالة ما إذا وجد سبب خطير جدا وعاجل (Pour une cause très grave et urgente) . فاذا ما وجد سبب فيه هـذا الوصف أذن الرئيس الكنسى بابرام الزواج والاحتفال به دون إعلان عنه (دون المناديات) وفى السر . على أن تراعى الأحكام التى نص عليها فى هذا الصدد . ويحدث هذا الزواج فى الحالات التى يكون القصد منها تنظيم مركز أشخاص يعتقد أنهم متزوجون ، مع أنهم ليسو كذلك فى الحقيقة وواقع الأمر .

وهذا الزواج يتم بحضور الكاهن والشهود . وتنص المادة ٩٤ من الإرادة الرسولية على أن الإذن بابرام الزواج سراً ، يؤدى إلى وعد والتزام خطير بكتمان السر من جانب الكاهن الذى يحضر الزواج والشهود والرئيس الكنسى وخلفاؤه ، بل وحتى أحد الزوجين مادام الآخر غير راض عن إذاعة السر .

وإذا كان هناك التزام مفروض على هؤلاء الأشخاص بعدم إذاعة السر ونشره ، إلا أن الرئيس الكنسى لا يتقيد بوعده فى حالات بينها نص المادة ٩٥ ، وذلك : (١) إذا كان الاحتفاظ بالسر يؤدى إلى تعريض قدسية الزواج لإهانة بالغة أو فضيحة (٢) إذا لم يعن الوالدان بتعميد الأولاد المولودين من هذا الزواج أو إذا عنيا بتعميدهم مستعيرين لهم أسماء كاذبة دون إشعار الرئيس الكنسى فى غضون ثلاثين يوما بالميلاد والتعميد مع ذكر اسم الوالد الحقيقى . (٣) وأخيراً فى الحالة التى يهمل فيها الوالدان تربية الأولاد تربية مسيحية [1] .

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع : Galtier . السابق ، ص ٢٨٥ وما بعدها ، Fourneret السابق ، ص ١٧٠ وما بعدها . القانون الكنسى باشراف « ناز » : السابق ، ص ٣٨٤-٣٨٥ .

وتمشيا مع فكرة السرية فى مثل هذه الحالة فان المادة ٩٦ من الارادة الرسولية تقضى بألا يكتبه الكاهن فى دفتر الكنيسة العام المخصص للزواج والتعميد ، وإنما يكتبه فى سجل خاص يحفظ فى أرشيف سرى . على أن الأخذ بحكم هذا النص يترتب عليه عدم إمكان توثيق الزواج فى الدفاتر التى يلزم رجل الدين - باعتباره الموثق المنتدب - بامساكها طبقا للقانون ، لأن هذا التوثيق يتعارض مع السرية المطلوبة لهذا النوع من الزواج . ولما لم يكن هناك جزاء على تخلف التوثيق لدى غير المسلمين فى ظل الوضع القائم ، ولما لم يوجب المشرع هذا التوثيق ، فان عدم توثيق مثل هذا الزواج من جانب الموثق المنتدب لن يؤثر على صحته . وكل ما هنالك أن الأمر قد يثار بالنسبة لاثباته . وفى هذه الحالة يمكن الاستعانة بالقواعد الخاصة بالطائفة . ذلك أن كل ما يمكن أن يترتب من أثر على تنظيم توثيق زواج غير المسلمين على يد الموثق المنتدب انما هو توفير وسيلة رسمية لإثبات الزوجية عند المنازعة فيها ، هذه الوسيلة تحل محل العقد الذى توجب القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة تحريره كاجراء من اجراءات الزواج [1] .

١٢٩ مكرر (١) : الزواج بدون حضور رجل الدين : لا جدال فى أن استلزم اتمام الزواج على يد رجل الدين وقيامه بكافة الاجراءات السالف بيانها يكون فى الحالات العادية المألوفة . إلا أنه قد توجد ظروف غير عادية تحول دون استدعاء رجل الدين أو لا يمكن فيها استدعاؤه . فى مثل تلك الظروف القاهرة أباحت القواعد الخاصة ببعض الطوائف المسيحية عقد الزواج دون

---

(١) أنظر مع ذلك مذكراتنا لطلبة كلية الحقوق ، السابق الاشارة إليها ص ١١٧ .

حضور رجل الدين . واذا كان من الممكن عقد الزواج — فى مثل تلك الظروف القاهرة الاستثنائية — دون رجل الدين ، فانه لا يمكن أن يعقد مهما كانت الظروف دون حضور الشهود . ذلك أنه إذا كان من الميسور العثور على الشهود ، فانه قد يحدث أحيانا ألا يمكن استحضار رجل الدين أوالذهاب إليه. وهنا نجد المادة ٨٩ من الارادة الرسولية تنص على حالتين فقط يكفى فيهما لإتمام الزواج حضور الشهود ، حتى ولو لم يحضر رجل الدين . وهما حالة خطر الموت ، وحالة ما إذا لم يكن من المأمول مقابلة رجل الدين قبل مدة شهر . وإذا ما وجد فى كلتا الحالتين أى كاهن كاثوليكى يمكنه أن يشهد العقد ، فانه يجب استدعاؤه . ولو أن الزواج يصح مع ذلك بحضور الشهود فقط [1] .

ويراعى أنه فى حالة ما اذا تم الزواج على نحو ما جاء بالنص السابق ، فانه يقع على الشهود والمتعاقدين ، بل والكاهن — إذا حضر الزواج — أن يراعوا تدوين هذا الزواج فى السجلات (انظر المادة ٩٣/٣ من الارادة الرسولية) .

---

(١) وهذا هو نص المادة ٨٩ من الارادة الرسولية : « إذا حالت مشقة جسيمة دون الحصول على الخورى أو الرئيس الكنسى أو على كاهن يأذن له أحدهما بحضور الزواج بموجب المادتين ٨٦ و ٨٧ ، أو حالت المشقة دون البلوغ الى أحدهم : (١) ففى حالة خطر الموت يصح ويجوز الزواج المعقود أمام الشهود فقط . ويجوز ذلك أيضا خارج خطر الموت ، شرط أن يقدر استمرار هذا الحال مدة شهر . (٢) إذا توفر فى كلتا الحالتين وجود أى كاهن كاثوليكى بامكانه أن يشهد العقد ، وجب ، أن يدعى وأن يحضر الزواج مع الشهود ، ولو صح الزواج بحضور الشهود فقط » .

ويمكن الرجوع فى هذا الموضوع كذلك الى Fourneret ، السابق ص ١٧٤ — ١٧٦ وكذلك القانون الكنسى باشراف «ناز» : السابق ، فقرة ٤٢٦ .

المطلب الثانى
فى الشريعة اليهودية

١٢٩ مكرر (٢) – ضرورة الشكل الدينى وصورته : يعتبر الشكل الدينى شرطا جوهرياً لقيام الزواج فى الشريعة اليهودية ، كما هو الشأن بالنسبة للمسيحيين . وتتمثل الشكلية عند اليهود فى التقديس وكتابة العقد ، وصلاة البركة[1] .

والتقديس : هو التخصيص[2] ، ويتم بأن يقول الرجل للمرأة أمام الشهود :[3] تقدست لى زوجة بهذا الخاتم أو بكذا إن كان شيئاً آخر ، بشرط أن يكون مملوكا للرجل[4] . وعند القرائين «يسلم الرجل المهر كله أو بعضه نقداً أو عيناً إلى كبير الحاضرين ، وهو يسلمه إلى أبى الفتاة أو وكيلها أو إليها رأساً ، ولو أنه غير

---

(١) وتنص المادة ٥٦ من ابن شمعون على أن أركان العقد ثلاث : (الاول) : تسمية المرأة على الرجل وتقديسها عليه بقبولها ولو بخاتم يعطيه إليها يداً بيد بحضرة شاهدين شرعيين قائلا لها بالعبرية تقدست لى زوجة بهذا الخاتم أو بكذا إن كان شيئا آخر . (الثانى) العقد شرعيا مكتوبا . (الثالث) الصلاة الدينية ، صلاة البركة ، بحضرة عشرة رجال على الأقل .

وهذا هو الحكم لدى القرائين ، فالمرأة ليست مقتناه إلا بثلاثة أشياء معاً : المهر والوثيقة والقبول (انظر ص ٦٤ من شعار الخضر وما جاء بهامش رقم ٢) .

(٢) شعار الخضر ص ٦٤ .

(٣) وعند الربانيين يحضر شاهدان من الذكور ، فلا تقبل شهادة المرأة ولا شهادة الخنثى (م ٨٠٠) كما لا تقبل شهادة القاصر ولا المجنون (م ٧٩٣ و ٧٩٧ وانظر بصفة عامة فى الشهادة عند الربانيين مادة ٧٤٧ إلى ٨٠٢) . وهذا خلافا للقرائين إذ يلزم ألا يقل عدد الحاضرين فى المجلس عن عشرة رجال (ص ٧٥ شعار) . وهم يقبلون شهادة المرأة (ص ١٦٥ شعار الخضر . وانظر كذلك القراءون والربانون ص ١٣٩ — ١٤٠ . وانظر بصفة عامة فى الشهادة شعار الخضر ص ١٦٤ – ١٦٧) . ويبدو أن القرائين يقبلون شهادة المرأة فى الزواج كما يقبلونها فى غيره ، فقد جاء بصدد إثبات الطلاق أنه « تقبل شهادة الناقل عن غيره ولو كانت امرأة » (ص ١٣٩ شعار الخضر) .

(٤) ويلزم ألا يكون الخاتم بحجر ولو ثمينا (م ٥٨ من ابن شمعون) .

مستحسن أو أنه يلتزم به أمامهم . يفعل هذا ويشهدهم على نفسه بقوله : « بعهد طور سينا وبفرائض جبل حوريب قد خطبت وقدست لى فلانه بنت فلان لتكون لى زوجة على طهارة وقداسة بمهر ووثيقة وقبول كشريعة سيدنا موسى وبنى اسرائيل[1] » .

والتقديس ضرورى لدى الربانيين والقرائين ، وبدونه لا تعد الزوجة زوجة شرعا . وبه ترتبط الزوجة شرعا ، فلا تحل لآخر إلا بالطلاق أو الوفاة وإن كان لا يكفى وحده دون الركنين الآخرين ، فلا يحل للرجل الدخول على الزوجة قبل استكمال باقى أركان الزواج[2] .

كتابة العقد : تعتبر كتابة العقد أمراً جوهرياً يبطل الزواج بدونه، ولا يغنى التقديس عن هذا الإجراء[3] . وعقد الزواج يعرف العبرية بكلمة « كتوباه » . ويجب أن يشتمل على ذكر المهر ، وحقوق وواجبات الزواج الشرعيـة ، وما يشترطه الزوجان على بعضهما مما لا يخالف الأصول أو الشرع ، وما يكون الزوج قد أخذه من الزوجة ، وما يجب لها عليه من مؤجل الصداق[4] .

---

(١) شعار الخضر ص ٧٥ .

(٢) انظر المواد ٥٧ و ٦٠ و ٦١ من ابن شمعون . والفصل فى صحة التقديس يكون للسلطة الشرعية (انظر م ٦٤ وانظر كذلك م ٦٥ من ابن شمعون) .

(٣) وتنص المادة ٦٦ من ابن شمعون . على أن « إقامة الرجل مع المرأة بغير كتابة عقد الزواج الشرعى ممنوع ، ولو كان هناك تقديس » . وانظر أيضا المادة ٦١ . وتحرص شريعة الربانيين على هذا ، لدرجة أنها تجعل إقامة المرأة مع زوجها غير حلال شرعا إذا فقد عقد زواجها . فقد نصت المادة ٦٩ على أن « تحفظ الزوجة عقد زواجها عند نفسها أو عند من شاءت من أهلها . وإذا فقد وجب تحرير عقد آخر فوراً ، وإلا كانت إقامة الرجل معها غير حلال شرعا » .

(٤) م ٦٧ من ابن شمعون . وانظر أيضا ص ١٠٨ - ١٠٩ من شعار الخضر .

وعند القرائين يعتبر العقد الكتابى أو الوثيقة أمراً جوهرياً . ولابد أن يثبت العقد كتابة ويوقع عليه الشهود العدول [١] .

صلاة البركة : لا يحل للرجل الدخول على المرأة قبل أن يتم هذا الاجراء الدينى كذلك ، وتتم صلاة البركة بحضرة عشرة رجال على الأقل، فى احتفال علنى . تقام فيه مراسم دينية معينة ، ويتم فيها تبريك الزوجين . فاذا ما تمت تلك المراسم الدينية ، يكون للرجل أن يدخل بزوجته وتحل له [٢] .

---

(١) وقد جاء فى شعار الخضر (ص ٧٠) أن « الوثيقة كناية عن العقد يثبت كتابة ويوقع عليه الشهود العدول بأن بنت فلان « تزوجت من فلان بحضرة كبار السن من بنى اسرائيل بالشروط المدونة من نفقة وكسوة وغير ذلك مما توجيه الشريعة للسير عليه بينهما ، مما نمقته لنا يد السلف فى مصنفاتهم . وإذا كان من رأى جهور العلماء أن المخطوبة تعد زوجة شرعا ، فالواجب إثبات الخطبة أيضا كتابة حتى لا تنقض إلا بالطلاق » . وانظر كذلك فى صورة الوثيقة ص ٧٥ و ٧٦ من الشعار . وكذلك بالنسبة لما تتضمنه الوثيقة ص ١٠٨-١٠٩

(٢) وهذا الحكم لدى الربانيين (انظر م ٥٦و٧١) والقرائين (انظر ص١٠٧-١٠٨ شعار الخضر) .

فاذا دخل بمخطوبته دون هذه العلانية أولا ، عد معيبا شرعا ، ولو أن وصمته لا تلحق ذريته . وما اتبع بنو اسرائيل طريقة الدعاء الشرعى بالسبع بركات إلا ابتغاء الجمع والعلانية . فالتبريك وحده بغير هذه العلانية لا عبرة به ، والا وجب استئنافه استيفاء للعلانية ضرورة كونها هى المقصود أصلا . ولا فرق بين أن تكون بكراً أو ثيباً ، أو مطلقا أو أرملا . ولا يتم هذا الاحتفال الشرعى اذا كانت المرأة حائضاً (انظر شعار الخضر ص ١٠٨) .

وقد بين القراءون تفصيلا ما يتم فى هذا الصدد : يبتدىء الاحتفال بأن يتقدم العروس وعلى رأسه المعطف . . على نشيد ما يناسب من المزامير بين يدى أحد العلماء ينقده بعض المهر فيعطيه إلى العروس أو وكيلها ، ويحلف العروس يمين العهد .. ثم يواجهونه بها فيعطيها بعض المهر مخاطبا إياها بقوله « وعقدت عليك الى ما شاء الله » . . ثم تقرأ وثيقة الزواج ، أو هى ووثيقة الجهاز والحقوق .. ثم يوقع العلماء وغيرهم من كبار الحاضرين أسماءهم ويقدمها ما يكون متبقيا من المهر أو خاتما .. مكرراً لها « عقدت عليك إلى الأبد » . والقصد من هذه العبارة أن يكون القران بفضل الله إلى الأبد . ثم يباركهما الموثق . ويلى ذلك السبع بركات مبدوءة ببركة الموثق . والسبع بركات هى بركة عصير العنب ؛ وبركة خلق الكائنات ، وبركة الانسان خاتم الخلق وأول المشيئة ومن لأجله خلق كل شىء ، وبركة خلق حواء ، والخامسة بركة كون=

ولما كان الغرض من الاحتفال السابق هو دخول الرجل بالمرأة . فان هذا الاحتفال الشرعي يكون ممنوعاً في بعض الأوقات . وقد نص الربانيون على أن الزواج ممنوع في أيام السبوت وأيام الأعياد المنهى عن العمل فيها ، سواء أوائلها أو أواخرها أو أوساطها . كذلك يمنع الزواج في التسعة أيام الأولى من شهر آب ، والأربعة وعشرون التالية لعيد الفصح ، وإن كان يجوز التقديس فيها عند الضرورة[1] . وقد نص القراءون كذلك على الأوقات التي يمنع فيها الاحتفال الشرعي على النحو السابق[2] .

١٢٩ مكرر (٣) ـ الانعقاد الديني والتوثيق : لا يقوم الزواج في الشريعة اليهودية إذا ما تخلف الشكل الديني في الصورة المطلوبة من حيث التقديس وتحرير العقد ، والاحتفال العلني بصلاة البركة . ولما كان من اللازم تحرير العقد كتابة ، لكي يقوم الزواج ، فإن التساؤل يثور عن صلة هذا الشرط بما نص عليه القانون ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ المعدل لأحكام التوثيق ، والذي جعل

=الغرض من خلقهما التوالد ومعرفة الذات العلية ، والسادسة والسابعة بركة العروسين والختام ذكر أورشليم أسفا ورجاء ... ومن هذا الوقت تتم حلية الدخول بالمرأة . (انظر في هذا مفصلا : شعار الخضر ص ١٠٨ ـ ١١١ ويراعى أن السبع بركات ولو أنها ليست ركنا من أركان الزواج في ذاتها غير انها مع ذلك لازمة ومطلوبة وتشترط أيضا فضلا عن كونها متبعة معمولا بها لوجوب توافر العلانية ، ولأن من يدخل بأمرأته قبل ذلك يعد معيبا ، فضلا عما للبركات من التحدث بنعم الله ومن التيمن والتفاؤل .. (انظر شعار الخضر ص ٦٥ بالهامش)

(١) المادتان ٥١ و ٥٢ من ابن شمعون ، كما نصت المادة ٧٠ على منع الزواج في أثناء أيام الحداد وهي ثلاثون يوما . انظر كذلك المادتين ٧١ و ٧٢ .

(٢) فهم يمنعونه في فترة الحيض حتى تطهر المرأة ، كما يمنعونه في يوم الجمعة إكراما للسبت ويوم الأحد لأنه تلو السبت ، وأيام الحداد والأيام المقدسة للنهى عن العمل بها (انظر ص ١٠٨ من شعار الخضر)

توثيق عقود الزواج بين غير المسلمين من المصريين ، المتحدين فى الطائفة والملة ، من اختصاص موثقين منتدبين يعينون بقرار من وزير العدل .

رأينا عند كلامنا عن أحكام الشريعة المسيحية فى هذا الصدد أن الغرض من تنظيم توثيق عقود الزواج هو الرقابة والاشراف عليها وإثباتها ، وأنه لم يقصد منه المساس بالاجراءات الدينيه لدى الطوائف المختلفة .

ولما كانت كتابة العقد فى الشريعة اليهودية تعد من الاجراءات الجوهرية ، فان من المفروض أن يتم هذا الاجراء ، إلى جانب عملية التوثيق التى يتولاها الموثق المنتدب ، حتى تستوفى الاجراءات الدينية ، ويتم الشكل الدينى المطلوب . إلا أن هذا يعنى تكرار إجراءات التوثيق ، نظراً لأن الموثق المنتدب هو من الناحية العملية رجل الدين المختص بابرام عقود الزواج بين اليهود المتحدين فى الطائفة والملة ، ولذلك فانه يكفى أن يقوم بعملية توثيق واحدة ، وهى التى يقوم باعتباره موثقاً منتدباً . لكن ماذا يكون الحكم لو تخلف التوثيق على هذا النحو رأينا أن تخلف التوثيق لا أثر له على صحة الزواج فى الشريعة المسيحية[1] . ولكن الوضع هنا يختلف عنه فى الشريعة المسيحية . ذلك أن تخلف التوثيق ، أو تحرير العقد فى الشريعة اليهودية يعنى تخلف شرط من الشروط الجوهرية ، وبالتالى لا يقوم الزواج . وعلى هذا إذا لم يتم توثيق الزواج أمام الموثق المنتدب ، أو إذا لم يحرر العقد أمام الجهة الدينية التى يتبعها الطرفان ، فإن العقد لا يقوم .

وإذا ما تم توثيق الزواج أمام الموثق المنتدب ، فان إثباته يكون بتقديم الوثيقة الرسمية التى قام الموثق بتحريرها . أما إذا فرض ولم يحرر الزواج أمام

(١) انظر ما سبق ، رقم ١٢٨ .

الموثق المنتدب ـ وهو ما قد يتصور من الناحية العملية كما قدمنا بالنسبة للشريعة المسيحية ـ فانه يتعين إثباته بتقديم المحرر المكتوب أمام الجهة الدينية ، طبقا للاجراءات والقواعد التى وضعتها الشريعة اليهودية وهذا المحرر يعتبر ورقة عرفية[1]. وفى هذه الحالة الأخيرة يمكن أن يتم الزواج طبقا لأحكام شريعتهم ويقع صحيحا ، حتى ولو لم يصل الزوجان إلى السن التى تستلزمها لائحة الموثقين المنتدبين لتوثيق الزواج وهى ١٨ سنة للرجل و١٦ سنة للفتاة .

المبحث الثالث

الجزاء على شروط الزواج

١٣٠ ـ تقسيم الموضوع : انتهينا فى المبحثين السابقين عن الكلام عن الزواج ، وبينا أنه إذا ما توافرت تلك الشروط ، قام الزواج صحيحاً وترتبت عليه آثاره . أما إذا تخلف شرط منها ، فماذا يكون الحكم ؟ نعرض لهذا فى كل من الشريعتين المسيحية واليهودية .

المطلب الأول

الجزاء على شروط الزواج فى الشريعة المسيحية

١٣٠ مكرر : تمهيد ـ الحد من حالات البطلان وآثاره : إذا ما تخلف شرط من من شروط الزواج ، يثار الكلام عن الجزاء الذى يترتب على تخلف هذا

---

(١) ومن المفروض ان هذا المحرر يظل موجودا لدى الزوجة ، وهذا ما رأيناه بالنسبة للربانيين ، إذ تلتزم الزوجة بحفظ عقد زوجها ، وإذا فقد وجب تحرير عقد آخر ، وإلا كانت إقامة الرجل معها غير حلال شرعا (م ٦٩ من ابن شمعون) .
انظر مع ذلك ص ٨٧ من شعار الخضر .

الشرط . فقد يعقد الزواج دون أن يتوافر رضا الطرفين أو أحدهما ، كما أنه قد يعقد دون أن يكون الرضا سليما . ومن جهة أخرى قد يبرم بين طرفين يقوم بينهما مانع من الموانع التى تكلمنا عنها فيما سبق ، والتى لم يحصل تفسيح منها طبقا للقواعد الكنسية المنظمة للتفسيح أو الاعفاء من الموانع فى الحالات التى يجوز فيها ذلك ، هذا المانع الذى يقوم بين الطرفين ، قد يكون من الموانع المطلقة ، كما قد يكون من الموانع النسبية . وإلى جانب هذا وذاك قد يبرم الزواج بين الطرفين دون مراعاة للأشكال الجوهرية ، كما إذا تم الزواج المسيحى مدنيا ، دون أن يتم فى الشكل الدينى المطلوب . فماذا يكون الحكم فى مثل تلك الحالات .

يمكن القول بصفة عامة ، إنه إذا تخلف شرط من شروط الزواج ، فانه إما أن يقع باطلا من أصله . وإما أن يكون قابلا للإبطال . وإذا ما قضى ببطلانه اعتبر كأن لم يكن ، ومن المفروض تبعاً لذلك أن يعود الطرفان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . إلا أن تطبيق هذه الفكرة بالنسبة للزواج تترتب عليها آثار بالغة الخطورة ، ذلك أنه إذا كان من الممكن ـ فى نطاق العقود العادية ـ أن يعاد الطرفان إلى الحالة التى كانا عليها وقت التعاقد ، إلا أن إعمال هذه الفكرة فى نطاق الزواج ليس ممكناً . فما هو الحكم مثلا بالنسبة للأولاد ؟ ولهذا فان الآثار التى تترتب على البطلان لا ينبغى إعمالها كلها بالنسبة للزواج .

على أن هذه الآثار الخطيرة التى تترتب على البطلان جعلت إبرام الزواج يحاط بإجراءات وقيود خاصة به لا تحصل عند إبرام العقود العادية . هذه الإجراءات والقيود من شأنها أن تحد ـ بقدر المستطاع ـ من تلافى إبرام الزواج مع وجود سبب من أسباب البطلان .

فمن ذلك ما تقضى به القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة من شهر الخطبة والاعلان عنها قبل إتمام الزواج . وقد سبق أن رأينا أنه يقصد من وراء ذلك إلى الكشف عن الموانع وإتاحة الفرصة للاعتراض على الزواج[1] . فالاعلان عن الزواج ، وما يستتبعه من الكشف عن الموانع والاعتراض عليه يعد من العوامل الهامة التى تحول دون انعقاد الزواج إذا ما كانت هناك مخالفة تستوجب بطلانه فيما بعد ·

ومن ذلك أيضا ما سبق أن بيناه من أن على رجل الدين المأذون بابرام العقد أن يتأكد بنفسه من عدم وجود مانع من الموانع ، كما أن عليه أن يتأكد من رضا الطرفين ، وبصفة عامة عليه أن يتأكد من ضرورة توافر الشروط المطلوبة .

كل هذا قصد به الحد من حالات البطلان ، وهى أمور تتخذ قبل أن يتم العقد ، لاتقاء احتمال بطلانه فيما بعد .

وإلى جانب ما سبق ، وفى سبيل الحد من خطورة الآثار التى تترتب على البطلان ، نجد أن القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة لا ترتب البطلان على تخلف كل الشروط والإجراءات اللازمة لإبرام الزواج . ولكنها ترتب البطلان أو الابطال على تخلف الشروط الجوهرية فقط ، وهى قيام الرضا الصحيح وعدم

(١) إذ عن طريق الاعلان عن الزواج يستطيع كل من يعلم بوجود مانع يقف فى سبيله أن يكشف عن هذا المانع مما يؤدى إلى تلافى إمكان بطلان الزواج فيما بعد إذا عقد مع قيام المانع . وإذا ما تأكد لدى رجل الدين قيام المانع الذى كشف عنه امتنع عن إبرام الزواج . ومن ناحية أخرى ، فان للاعلان عن الزواج أهميته من حيث إتاحة الفرصة للاعتراض على الزواج . ولا يمكن أن ينعقد الزواج إذا ما حصل عليه اعتراض طبقا للأوضاع التى تقضى بها القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية ، إلا بعد الحكم فى الاعتراض وبعد أن يصير الحكم نهائيا .

وجود مانع من الموانع وشرط الانعقاد الدينى[1]. فاذا لم يكن الشرط من الشروط الجوهرية ، بل كان من الاجراءات التى تتم بمناسبة إبرام عقد الزواج، فانها لا ترتب على تخلف إجراء من هذه الاجراءات بطلان الزواج. من ذلك: عدم القيام بالإعلان عن الزواج[2]. فقد يبرم الزواج رغم عدم اتخاذ إجراءات الإعلان عنه ، أو قبل انقضاء المدة التى تستلزم لحصول هذا الإعلان ، فلا يكون لذلك أثره على صحة الزواج[3].

وإلى جانب هذه الحالة الخاصة بعدم اتباع اجراءات الشهر ، فإن الزواج قد لا يبطل كذلك لابرامه دون الحصول على إذن من الرئيس الدينى الذى يتبعه الكاهن المأذون بعقده[4]. كما لا يبطل كذلك إذا ما خولفت تلك

---

(١) مع مراعاة ما سبق أن بيناه فى الفقرة ١٢٩ مكرر (١) بالنسبة لحالات الضرورة التى يمكن أن يتم فيها الزواج دون حضور رجل الدين ، باعتبار أن الضرورات تبيح المحظورات كما يقولون . ومع مراعاة أنه قد لا يترتب البطلان على وجود المانع ، وأنه قد يحصل تفسيح من المانع ، كما قد يتم تصحيح الزواج .

(٢) فقد سبق أن رأينا أن الأصل هو الاعلان عن الزواج قبل إتمامه حتى يتسنى لمن له اعتراض عليه أن يتقدم ، وحتى يتسنى كذلك لمن يعرف مانعا من الموانع أن يكشف عنه .

(٣) وكل ما هنالك أنه لما كان من واجب الكاهن المأذون بالعقد أن يتأكد قبل توثيقه من حصول الاعلان ، باعتباره إجراء سابقا على الزواج يجب اتخاذه ، فانه يمكن أن يتعرض لجزاء إدارى ، على أساس مخالفته لما تقضى به القواعد الخاصة بطائفته . ويأخذ القانون الفرنسى بهذا الحكم ، إذ تقضى المادة ١٩٢ منه بأنه إذا لم يسبق الزواج بالاعلان المطلوب ، أو إذا لم تراع الفترات المنصوص عليها بين الاعلان والزواج ، فانه يوقع على موثق الحالة المدنية غرامة لا تتجاوز ٣ آلاف فرنك ، كما توقع كذلك على الزوجين غرامة تتناسب مع قدرتهما المالية (ينظر النص) . وانظر كذلك : جيل الشرقاوى : الزواج فى القانون الفرنسى المقارن (١٩٥٩/٥٨) فقرة ٤٣ ص ١٣٢ .

(٤) ذلك أن القواعد الخاصة بكثير من الطوائف المسيحية تستلزم الحصول على مثل هذا الاذن قبل إبرام الزواج ، ولكن. منها مالم يرتب جزاء على مخالفة هذا الاجراء ومعنى ذلك أنه =

الاجراءات التى تتصل بالمراسيم الدينية ، طالما أنها لا تمس جوهر شرط الانعقاد الدينى ذاته ، كالخطأ فى تحرير وثيقة الزواج ، أو عدم قراءتها على الحاضرين بعد تحريرها ؛ بل إن تخلف توثيق عقد الزواج نهائيا ، لا يترتب عليه بطلان العقد فى ظل الوضع الحالى . لأن القانون لم يقرر جزاء على إهمال توثيق العقد [1] .

وبالاضافة إلى ما سبق فان الأحكام الخاصة ببعض الطوائف لا ترتب البطلان على كل الموانع ، وقد سبق لنا أن رأينا أن الطوائف الكاثوليكية تفرق بين الموانع المحرمة prohibitifs والموانع المبطلة dirimants للزواج ، ولا تبطله إذا عقد مع وجود مانع من النوع الأول ، وإن كان من شأن هذه الموانع أن تجعل الزواج حراما من حيث الديانة فقط [2] .

كما أن من بين القواعد الخاصة ببعض الطوائف ما لا يرتب البطلان على

= إذا تم الزواج بدون الحصول على هذا الإذن ، لدى الطوائف التى لم ترتب جزاء على مخالفته فانه يقع صحيحاً ، وكل ما هنالك أن الكاهن الذى يبرمة قد يتعرض للجزاءات الادارية ، كما هو الشأن فى حالة إتمام الزواج دون اتباع قواعد الاعلان . انظر مع ذلك المادة ٢١ أرمن أرثوذكس حيث تجعل من اجراء الزواج دون تصريح من الرئيس الدينى سببا مبطلا للزواج بطلانا مطلقا .

(١) انظر فى استبعاد المخالفات التى لا يترتب عليها البطلان ، جميل الشرقاوى ، الكتاب الثانى (١٩٥٩/٥٨) ، السابق ، فقرة ١٢٢ ص ٤٧٧ وما بعدها .

(٢) وقد عددت الارادة الرسولية هذا النوع من الموانع وهى النذر البسيط أى الترهب الصغير ، والقرابة الناشئة عن التبنى ، والوصاية إذ لم تكن القوانين المدنية تعتبرها من الموانع المبطلة ، واختلاف المذهب أو ما يسمونه بالزواج المختلط (انظر المواد ٤٨ ـ ٥٠ من الارادة الرسولية) . وللسلطة الكنسية العليا أن تحدد متى يعتبر القانون الالهى للزواج محرما أو باطلا ولهذه السلطة نفسها أن تعين موانع أخرى (انظر المادة ٢٨) . وانظر فى هذا أيضا : المواد ٥٠ وما بعدها من القواعد التى جمعها فيليب جلاد ، السابق ص ٣٦٣ .

إتمام الزواج فى أثناء فترة العدة . فالعدة إذا كانت مانعا من الزواج ، طالما أن مدتها لم تنقض بعد ، إلا أنه إذا وقعت المخالفة وتم الزواج لا يعد باطلا ، ذلك أنه إذا كانت الحكمة من تحريم الزواج خلال فترة العدة هى منــــع اختلاط الأنساب ، فانه إذا ما حصل زواج جديد أصبح هذا الاختلاط أمراً محتمــلا ، ولا يغير البطلان من الأمر شيئاً ، فيصبح بلا فائدة [1] . ومع ذلك فاننـا لا نعتقد أن هــذا هو المسلك السليم ؛ بل ينبغى أن يبطل الزواج اذا ما تم فى فترة العدة ، صيانة للأنساب . وفى عدم إبطال الزواج فى هذه الحالة تشجيع على ارتـكاب المخالفة . ثم إنه ينبغى ألا نجعل المخطىء يستفيد من خطئه بالابقاء على زواجه . وقد رأينا أن تقرير العده أمر يوجبه النظام العام . ولهــذا ينبغى أن يتقرر البطلان بالنسبة للطوائف المختلفة .

وفى سبيل الإقلال من حالات البطلان بالنسبة للزواج وما يترتب على ذلك من آثار سيئة ، يلجأ كذلك إلى التفسيح أو الإعفاء من الموانع . والتفسيح هو « رفع إلزام الشريعة فى حالة خاصة » ، تقوم به الـكنيسة بالنسبة لأبنائها فترفع عنهم التزامات يفرضها الشرع عليهم ، وذلك حينما يبدو لها من المصلحـة أن تفعل هذا . وهى تفعل ذلك طبقا لإجراءات وشروط معينة نظمتها القواعد الخاصة ببعض الطوائف تنظيما شاملا [2] .

---

(١) وهذا هو مسلك القانون الفرنسى ، وهو يكتفى فى هذه الحالة بتوقيع العقوبة على موثق الحالة المدنية . كما أن هذا هو ما قال به فقهاء الكنيسة القبطية الأرثوذكسية (انظر ما سبق عند كلامنا عن مانع العدة رقم ١١٥ مكرر) إذ لا يجعلون الجزاء على الزواج فى فترة العدة هو البطلان .

(٢) انظر المواد ٣٢ وما بعدها من الارادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية الشرقية . وانظر كذلك المواد ١١٧ وما بعدها من القواعد التى جمعها فيليب جلاد ، السابق ص ٣٨٨ . والرسالة المخلصية : العدد سالف الذكر مقال بعنوان « التفسيح فى موانع الزواج » بقلم الخورى باخوس الفغالى ، ص ٥٧٩ وما بعدها . وFourneret، السابق ص ٢٧٢ وما بعدها .

وعلى الرغم من كل ما يبذل من محاولات فى سبيل تلافى بطلان الزواج والحد من حالاته ، فان من المتصور مع ذلك أن يقوم زواج دون أن يستوفى الشروط اللازمة لقيامه ، وفى هذه الحالة يثار الكلام عن البطلان وأنواعه ، كما يثار الكلام عن الآثار المترتبة عليه ، هذه الآثار التى لا يمكن أن يعمل فى شأنها منطق البطلان فى العقود العادية بإرجاع الطرفين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد .

وبهذا تتضح لنا خطة البحث ، فنتكلم أولا عن بطلان الزواج وأنواعه ، ثم نتكلم بعد ذلك عن آثاره ، حيث نبين كيف تأخذ هذه الآثار وضعا خاصا فى نطاق الزواج .

الفرع الأول

بطلان الزواج

١٣١ ـ البطلان والتطليق ـ أنواع البطلان : إذا ما كان الزواج باطلا ، فالأصل أنه لا يرتب أى أثر من الآثار باعتباره عملا قانونياً . ولكنه مع ذلك قد يرتب آثاراً عرضية باعتباره واقعة مادية . وبطلان الزواج يختلف عن إنهائه بالتطليق . فالبطلان جزاء على عدم استجماع العقد لشروطه اللازمة لانعقاده أو لصحته ، كتخلف الرضا أو وجود عيب فيه ، أو كما إذا وجد مانع من الموانع المبطلة للزواج ، أو إذا لم يتم الزواج فى الشكل الدينى المطلوب ، والأمر على خلاف ذلك فى حالة التطليق . إذ يقوم العقد صحيحاً ، ثم تنفصم الرابطة الزوجية فيما بعد لسبب من أسباب التطليق . وفى هذه الحالة الأخيرة يطلب إلى القاضى فى دعوى التطليق إنهاء الرابطة الزوجية ، ويتم ذلك بالنسبة إلى المستقبل فقط ، أما فى حالة دعوى البطلان فان القاضى يقرر أن الطرفين لم

يكونا أبداً متزوجين ، وأن رباطهما لم يتخذ قط صفة أو طابع الزواج ، على الرغم من المظهر الذى ظهر فيه الطرفان ، سواء فى نظرهما أم فى نظر الآخرين [(١)] .

وإذا كان ما يتقرر فى حالتى البطلان والتطليق يختلف ، فان الأساس الذى يستند إليه بالنسبة لكل منهما يختلف كذلك . ففى حالة البطلان ، يقوم – كما قدمنا على تخلف فى الرضا . أو وجود مانع من الموانع ، أو تخلف شرط الانعقاد الدينى ، أما فى حالة التطليق ، فانه – عند المذاهب التى تبيحه – يقوم فى حالات محددة سنعرض لها عند كلامنا على انحلال الرابطة الزوجية . ومن ناحية أخرى ينبغى أن يراعى أن أسباب التطليق تستمد من وقائع لاحقة على الزواج ، فالزواج يقوم صحيحاً بين طرفيه ثم تطرأ وقائع يستند اليها كأسباب للتطليق ، وهذا بخلاف البطلان ، إذ أنه يستند إلى وقائع سابقة أو معاصرة لتبادل الرضا بالزواج

---

(١) Fourneret ، السابق ص ٣٢٧

ويقرب هذا مما تقضى به الشريعة الاسلامية من حيث التفرقة بين الطلاق والفسخ . فالطلاق إنهاء لعقد الزواج فى الحال إذا كان طلاقا بائنا أو فى الاستقبال إذا كان رجعيا ، مع تقرير الحقوق السابقة ، أى دون أثر رجعى وهو لا يكون إلا فى الزواج الصحيح .

أما الفسخ فهو رفع للزواج من الأصل وجعله كأن لم يكن . وهو يكون لسبب مقارن للعقد كأن تكون المرأة محرمة على الرجل بسبب الرضاع مثلا أو تكون زوجة للغير أو معتدته حين العقد ... كما قد يكون لسبب طارىء على العقد بعد تمامه كارتداد أحد الزوجين عن الاسلام أو ارتكاب أحدهما مع أصول الآخر أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة .

(انظر فى هذه التفرقة وفى طبيعة كل من الطلاق والفسخ : عمر عبد الله : أحكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية ، السابق ص ٣٨٨ – ٣٩٢ . محمد يوسف موسى أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الاسلامى ، الطبعة الأولى ١٩٥٦ ص ٣٤٦ - ٣٥٠ . محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، السابق ، ص ٢٧٣ – ٢٧٥ فقرة ٢٧٧ م) .

ولهذا فان العقد لا يقوم بين الطرفين ، بل يعتبر باطلا من أصله [1] .

وللتفرقة بين انقضاء الزواج بالتطليق ، وانقضائه بالبطلان أهمية كبيرة تظهر فى أنه إذا كان التطليق لا يجوز إلا فى حالات محددة لدى بعض المذاهب وأن المذهب الكاثوليكى لا يبيح انفصام الزوجية على أساسه فى أية صورة من الصور ، فان الأمر بالنسبة للبطلان يختلف عن ذلك ، إذ يمكن أن يقضى به ، متى توافرت أسبابه ، حتى بالنسبة للشريعة الكاثوليكية التى لا تبيح انفصام الرابطة الزوجية بالطلاق . ولهذا ينبغى الحذر عند الحكم بالطلاق ، حتى لا يتوصل الأفراد الى إنهاء الرابطة الزوجية ، ولو عن طريق التحايل ، وحتى يوصد الطريق فى سبيل كل راغب فى إنهاء هذه الرابطة ، اذا لم يجد سبيل الطلاق مفتوحا أمامه .

وينقسم البطلان إلى بطلان مطلق وبطلان نسبى . وهذا هو التقسيم الذى أخذ به القانون المدنى . والبطلان المطلق يتمسك به كل ذى مصلحة ، بل وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول بالإجازة . أما البطلان النسبى فانه يتقرر لأحد المتعاقدين ، فلا يجوز للمتعاقد الآخر التمسك به . وتأخذ القواعد الخاصة ببعض الطوائف بهذا التقسيم . ومن استعراضنا للقواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس نتبين أنها تفرق بين هذين النوعين من البطلان ، وتجعل من كل منهما جزاء فى حالات معينة . وقد تأثرت قواعد الأقباط فى هذا الصدد إلى حد كبير ببطلان الزواج فى القانون المدنى الفرنسى . ونتكلم أولا عن البطلان النسبى ، ثم عن البطلان المطلق ، ونعرض لبيان مدى ما أخذت به القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة فى هذا الصدد .

---

(١) وهذا ما يكون فى حالة البطلان المطلق . وهو ما يكون كذلك فى حالة البطلان النسبى ، إذا ما طلب إبطال العقد وقضى به .

١٣٢ - **أولا : البطلان النسبى** : نظمت مجموعة الأقباط الأرثوذكس الصادرة سنة ١٩٥٥ [1] البطلان النسبى ، فبينت الحالات التى يقوم فيها ، ثم حددت من له التمسك به فى كل حالة من هذه الحالات ، والمدة التى يسقط فيها والحق فى التمسك به .

ويعتبر الزواج باطلا بطلانا نسبياً فى حالة ما إذا وجد الرضا معيبا، وكذلك فى حالة زواج القاصر بغير إذن وليه .

ففى الحالة الأولى ، إذا وجد عيب من عيوب الرضا على النحو الذى سبق بيانه [2] ، كان لذى المصلحة من الزوجين ، وهو من لم يكن حراً فى رضائه أو من وقع فى غلط فى الحالات السالف بيانها ، أن يطعن فى الزواج بالبطلان [3] . فالطعن بالبطلان لا يكون إلا ممن عيب رضاه ، فلا يثبت لغيره ، ولا ينتقل إلى ورثته ، لأن هذا الحق من الحقوق اللصيقة بشخصه [4] .

---

(١) وكذلك مجموعة سنة ١٩٣٨ فى المواد ٣٧ وما بعدها

(٢) أنظر فيما سبق فقرة ١٠٠ وما بعدها .

(٣) وتقضى المادة ٣٦ من مجموعة سنة ١٩٥٥ للاقباط بأنه : « إذا كان الزواج بغير رضاء الزوجين أو أحدهما رضاء صادراً عن حرية واختيار ، فلا يجوز الطعن فيه إلا من الزوجين أو من الزوج الذى لم يكن حراً فى رضائه . وإذا وقع غش فى شخص أحد الزوجين فلا يجوز الطعن فى الزواج إلا من الزوج الذى وقع عليه الغش . وكذلك الحكم فيما إذا وقع غش فى شأن بكارة الزوجة بأن ادعت أنها بكر وثبت أن بكارتها أزيلت بسبب سوء سلوكها ، أو فى خلوها من الحمل وثبت أنها حامل » .

وهذا هو الحكم عند **الأرمن** الأرثوذكس (انظر المادة ١٧) .

(٤) ومع ذلك فانه يمكن القول بأنه اذا لم يكن للورثة رفع دعوى البطلان لعيب فى الرضا ، فان لهم متابعتها اذا كانت قد رفعت من مورثهم قبل وفاته . وهذا ما يأخذ به فريق من الفقه الفرنسى فى صدد كلامهم عمن له حق التمسك ببطلان الزواج لعيب فى الرضا (انظر **جميل الشرقاوى : الزواج فى القانون الفرنسى المقارن ، السابق ، فقرة ٤٨ ص١٦٣ والمراجع المشار اليها فى هامش ٣**) .

ولكى تقبل دعوى البطلان فى هذه الحالة يشترط أن ترفع فى ظرف شهر من الوقت الذى يزول فيه الإكراه ، ويصبح فيه الزوج متمتعا بكامل حريته . أو من الوقت الذى يعلم فيه بما وقع من غلط ، أو من وقت علمه بالغش [1] . ويلزم فى هذه الحالة ألا يكون قد حصل اختلاط زوجى بين الطرفين منذ الوقت الذى زال فيه الإكراه أو تكشفت فيه حقيقة الأمور .

فاذا انقضى شهر على زوال الإكراه ، أو من تاريخ العلم بالغلط ، ولم يطلب البطلان، استقر وجود العقد نهائيا . وكذلك الحال إذا حصل اتصال زوجى بعد زوال حالة الإكراه أو العلم بالغلط ، إذ فى هذه الحالة يعتبر ماقام به من تقرر البطلان لمصلحته من اتصال بالزوج الآخر ، يعتبر رضا بالزواج ، ونزولا عن التمسك بالبطلان ، وهذا الفعل يعد إجازة ضمنية [2] .

---

(١) وهذا هو ما نص عليه كذلك فى المادة ١٨ **أرمن** .

(٢) وتنص المادة ٣٧ من مجموعة سنة ١٩٥٥ على هذا بقولها : «لا تقبل دعوى البطلان فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة السابقة الا اذا قدم الطلب فى ظرف شهر من وقت أن أصبح الزوج متمتعا بكامل حريته ، أو من وقت أن علم بالغش . ويشترط أن لا يكون حصل اختلاط زوجى من ذلك الوقت » .

هذا وتفرق الخلاصة القانونية فى حالة عدم رضا الزوجين أو أحدهما بالزواج بين ما إذا كان بعد عقد الزواج لم يختلطا ببعضهما كأزواج ، أو أنهما أجبرا قهراً على الدخول بدنيا لكنهما تنافرا وانفصلا عن الفراش من المبادىء جملة ولم يعودا يتفقان ويمتزجان امتزاجا زوجيا. وفى هذه الحالة توجب الشريعة « فسخ » الزواج بعد التحقيق الدقيق ، وبين ما اذا كانا قد اختلطا ببعضهما كأزواج بعد عقد الزواج فلا يفرقان ، لأن اخلاطهما دليل على رضاهما ببعضهما.

وبالنسبة للغش فى البكارة تقرر الخلاصة أنه ان كان من جهة البكارة كمن يخطب واحدة على أنها بكر ثم يجدها بخلاف ، بحيث ينكر على ذلك ويتشكى منه ويبتعد عن مخالطتها من بادىء الأمر ولا يمتزج معها كزوج قطعا » (أنظر المسألة ٢٥ من الخلاصة) .

وقد قضى فى هذا الصدد فى أنه « إذا أظهر الزوج فى أكثر من موضع وبجلاء ووضوح =

وقد طبق القضاء الأحكام السابقة . وقرر أنه إذا تراخى الزوج فى رفع دعوى البطلان فلم يرفعها إلا بعد شهر وتسعة أيام من اكتشاف الغش الذى يعيب الرضا ، فان الدعوى تكون غير مقبولة . كما قرر كذلك أنه يشترط أن يكون الغلط فى البكارة أو عدم الحمل مردودا إلى غش وقع على الزوج ، فاذا كان الزوج على علم بأن الزوجة حامل فلا يقبل دعواه [1] .

ومما تنبغى ملاحظته فى هذا الصدد أن القواعد سالفة الذكر لم تضع حداً أقصى لا تكون الدعوى مقبولة بانقضائه مما يتيح لمن وقع عليه إكراه أو أوقع فى الغلط أن يتمسك بالبطلان بعد فترة طويلة، بحجة أن حالة الاكراه قد ظلت خلال تلك المدة أو أن الغلط لم يتكشف إلا بعد تلك الفترة الطويلة ، وفى هذا مدعاة لعدم الاستقرار وتوسع فى إعطاء الفرص لابطال الزواج . وتلافيا لمثل هذا نجد أن القواعد الخاصة ببعض الطوائف (طائفةالأرمن الأرثوذكس) تضيف إلى الأحكام السابقة أن الدعوى لا تكون مقبولة ، على كل ، بعد مضى ستة

= رضاءه عن زوجته التى وجدها ثيبا ، وقبوله بحالتها ، وإرساله لها خطابا ينطوى على حب عميق لها ، ورغبته فى إعادة الحياة الزوجية ، يدل على قبوله لها ورضائه عنها ... ويزيد تأكيد رضا الزوج عن زوجته رفعه دعوى طاعة ... فلا يسوغ للزوج بعد ذلك أن يطلب « التطليق » ، وقد مضى ما يقرب من السنتين على اكتشافه انقضاض بكارتها » (الاسكندرية الكلية فى ١٩٥٧/٥/٢٨ رقم ٧٢ لسنة ١٩٥٦ كلى غير منشور . والحكم يقرر أنه لا يسوغ طلب « التطليق » ولكن الذى ينبغى طلبه فى هذه الحالة هو البطلان لا التطليق . فهو يخلط بين التطليق والبطلان ؛ إذ أن هذا الأخير هو الجزاء إذا ما توافرت الشروط فى حالة الغش فى البكارة (أنظر المادتين ٣٦و٣٧ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٥٥) .

(١) أنظر محكمة استئناف القاهرة فى ١٩٥٧/٤/٢٤ القضية رقم ٤٩ سنة ٧٤ ق . وانظر فى هذا الصدد أحكاما أخرى أشار إليها رفعت خفاجى ، ورابح جمعه ، المرجع السابق ص ٢٧ — ٣٠ .

أشهر من الزواج ، ولو لم تحصل معاشرة[1] ، وهذا تحديد معقول فى الواقع ، حتى لا تترك الرابطة الزوجية فترة طويلة مهددة السكيان ، مما يجعل من المستحسن تعميم هذا الحكم بالنسبة للطوائف الأخرى .

٢ـ أما فى الحالة الثانية ، وهى حالة عقد زواج القاصر بدون إذن وليه ، فإنه لا يجوز الطعن إلا من الولى أو من القاصر . ولا تقبل دعوى البطلان من الزوج ولا من الولى متى كان الولى قد أقر الزواج صراحة أو ضمنا ، أو كان قد مضى شهر على علمه بالزواج . ولا تقبل الدعوى أيضا من الزوج بعد مضى شهر من بلوغه سن الرشد[2] .

هذا بالنسبة للطوائف الأرثوذكسية[3] . أما بالنسبة للطوائف الكاثوليكية

---

(١) أنظر المادة ١٨ من مجموعة **الأرمن** وتضيف كذلك أنه فى حالة الغش فى البكارة يجب أن يبلغ الأمر إلى البطريركية خلال أربع وعشرين ساعة من الاتصال الجنسى ، أى تكشف العيب .

وقد تكلمت مجموعة **السريان** الارثوذكس عن شروط دعوى الابطال بالنسبة لزوال البكارة واشترطت لقبولها أن ينكر الزوج على زوجته ذلك « ويشتكى منها ، ويبتعد عن مخالطتها من بادىء الأمر ولا يمتزج معها كزوج قطعيا » . وهذه العبارة مأخوذة من المسألة ٢٥ من الخلاصة القانونية . (أنظر هامش ٢ ص٦٤٥ فيما سبق) مع مراعاة أنه يجب أن يثبت أن عدم وجود غشاء البكارة كان بأسباب الفسق حتى يمكن فسخ الزواج . فان كان بعارض من العوارض الطبيعية وأن المرأة طاهرة الذيل ، كان الزواج صحيحا لا يمكن فسخه ، وهذا لا يمكن إثباته إلا بشهادة الأطباء (مادة ٨١ سريان) .

(٢) المادتان ٣٨و٣٩ من مجموعة سنة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس . وانظر كذلك المادتين ١٩و٢٠ من مجموعة **الأرمن** ، وهما مطابقتان للأحكام السابقة لدى الأقباط . ويمكن أن يعمل بالقواعد التى أخذ بها فى هذا الصدد بالنسبة لطائفتى الروم والسريان الأرثوذكس حيث لم تنظم قواعدهم أحكاما مماثلة . (احمد سلامه ، المذكرات السابقة ، ص ٥١) .

(٣) أما بالنسبة للبروتستانت فيمكن تطبيق القواعد التى أخذت بها الطوائف الارثوذكسية فى شأن عيوب الرضا .

فانه لا يوجد لديهم - على ما يبدو- هذا النوع من البطلان. إذ القواعد الخاصة بهم تتكلم عن عدم صحة الزواج أو بطلانه، فتصفه بأنه غير صحيح invalide أو أنه باطل nul [1]. فاذا تم الزواج بطريق الاكراه كان باطلا، وكذلك الأمر فى حالة الخطف إذا ما توافرت شروطه، وفى حالة الغلط. على التفصيل الذى بيناه من قبل عند كلامنا عن الرضا [2]. ولهذا ينبغى أن يدخل فى الاعتبار أن الارادة الرسولية عندما تكلمت فيما بعد (المواد ١٢٢ وما بعدها) عن تصحيح الزواج الباطل فان هذا لا يعنى فى حالة الاكراه أو الغلط تصحيح الزواج من الأصل، أى من وقت العقد. ولكن هذا التصحيح يتم من وقت صدور الرضا من جديد ممن شاب رضاه عيب من العيوب بعد زوال العيب، وبشرط أن يستمر الرضا الذى صدر من الطرف الآخر (١٢٥/١ إرادة).

١٠٣ - ثانيا: البطلان المطلق: يكون الزواج باطلا بطلانا مطلقا فى حالات بينتها القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة، هذه الحالات يمكن جمعها بصفة عامة فى ثلاث، وهى انعدام الرضا ووجود مانع من الموانع، وتخلف الشكل الدينى المطلوب، أى عدم إتمام الزواج طبقا للمراسيم الدينية المطلوبة.

١ - انعدام الرضا: الرضا عنصر جوهرى من عناصر الزواج تتفق القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة على ضرورة توافره [3]. ولا بد أن يكون هذا الرضا

(١) أنظر المادة ٦٤ والمواد ٧٢ وما بعدها من الارادة الرسولية.

(٢) وبطلان الزواج فى كل تلك الحالات هو ما يؤخذ به أيضا بالنسبة للقواعد الخاصة بالكاثوليك التى جمعها فيليب جلاد، وهو يعتبر الاكراه والخطف والغلط من الموانع المبطلة للزواج. أنظر المواد ٦٣و٩٦و١١٢.

(٣) فالمادة ١٦ من مجموعة ١٩٥٥ للاقباط تقضى بأنه «لازواج إلا برضا الطرفين» وإذا كانت المادة ٤٠ من المجموعة نفسها لم تضع جزاء على تخلف الرضا، إلا أن البطلان هو الجزاء على انعدام الرضا (أنظر كذلك جميل الشرقاوى، السابق (الكتاب الثانى ٥٨ - ١٩٥٩ ص ٤٨٢ وهامش ٢). وهذا هو ما يعمل به كذلك بالنسبة للطوائف الأرثوذكسية الأخرى، وانظر كذلك المادة ٩ من القواعد الخاصة بالانجيليين، والمادة ٧٢ من الارادة الرسولية للكاثوليك.

حالا ، فلا ينعقد الزواج إذا ما علق على شرط أو اقتران بأجل [1] . كما أنه لابد من توافر الارادة فلا يعتد بالارادة المنعدمة كإرادة الصبي غير المميز والمجنون ، ولا يعتد كذلك بالارادة التي لم تتجه الى احداث أثر قانوني كإرادة الهازل ، فتخلف الارادة الحقيقية تجعل العقد باطلا [2] .

وعلى ذلك ففي كل حالة ينعدم فيها الرضا الحقيقي بالزواج ، كما في الحالات السابقة أو في حالات أخرى كالسكر الذي يعدم الإرادة أو التنويم المغناطيسي ، فان الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا .

٢ ـ وجود مانع من موانع الزواج : فوجود مانع من موانع الزواج على التفصيل الذي سبق لنا بيانه يجعل الزواج باطلا بطلانا مطلقا إذا كان من الموانع المبطلة ، سواء تعلق الأمر بالموانع التي تقوم على القرابة بصفة عامة ، أو تعلق بمانع من الموانع الأخرى ، مع مراعاة أن من الموانع مايختص به بعض الطوائف المسيحية دون البعض الآخر ، وأن من بين تلك الموانع مالا يترتب عليه البطلان [3] .

٣ ـ تخلف الشكل الديني المطلوب : إذ في هذه الحالة كذلك يبطل الزواج وذلك لأن الانعقاد الديني عنصر جوهري من عناصر الزواج في الشريعة المسيحية [4] .

---

(١) أنظر فيما سبق فقرة ٩٦

(٢) ما سبق ، فقرة ٩٧

(٣) أنظر في تفصيل الموانع المبطلة للزواج في الشريعة المسيحية بصفة عامة ، ما سبق فقرة ١٠٥ وما بعدها . وانظر ما سنقوله بالنسبة لمانع السن بصفة خاصة في الفقرة التالية بصدد كلامنا عن تصحيح الزواج ، وكذلك ما سبق أن قلناه في الفقرة السابقة بصدد الاعفاء من الموانع .

(٤) على أن يراعى ـ بطبيعة الحال ـ ما سبق لنا بيانه من وجود حالات استثنائية يصح فيها الزواج دون حضور رجل الدين (انظر المادة ٨٩ من الارادة الرسولية) ، كما يراعى أيضا ما سبق لنا بيانه بالنسبة لصحة الزواج في الخارج ، أو أمام رجل دين من غير أبناء الطائفة التي يتبعها الزوجان وانظر كذلك في القول بأن الزواج يعتبر منعدما لدى الأقباط الأرثوذكس في هذه الحالة : جميل الشرقاوي ، السابق ٥٨ ـ ١٩٥٩ ص ٨٥ .

هذه بصفة عامة هي حالات البطلان، فإذا ما وجدت حالة منها كان الزواج باطلا. وهو يكون كذلك، حتى ولو رضى به الزوجان أو أذن به ولى القاصر. وللزوجين وكل ذى شأن حق الطعن فيه [1] . وينبغى أن يراعى أنه لا يكفى أن يوجد سبب البطلان حتى يعتبر الزواج باطلا ، بل لا بد أن يطلب البطلان ممن تقرر لصالحهم أو من كل ذى مصلحة ، سواء كان ذلك عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع . ولما كان حق طلب البطلان من الحقوق اللصيقة بالشخصية، فانه لا ينتقل إلى ورثة الزوجين ، هذا ما لم تكن الدعوى به قد رفعت ، كما بينا فى الفقرة السابقة ، من المورث قبل وفاته .

الفرع الثانى

آثـــار البطلان

١٣٤ ـ تمهيد : انتهينا فيما سبق من بيان حالات البطلان ، سواء كان مطلقا أو نسبيا . وجدير بالذكر أن الحالات التى يقضى فيها ببطلان الزواج حالات نادرة . لما يحيط بإبرامه منذ الخطوات الأولى من إجراءات، من حيث الإعلان عنه وفتح باب الاعتراض وإتاحة الفرصة للكشف عن الموانع ، بل وبفتح السبيل إلى الإعفاء منها فى بعض الحالات . . . كل هذا تفاديا لإثارة فكرة

---

(١) المادة ٤٠ و ٤١ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للاقباط الأرثوذكس . وتنص المادة ٢١ من مجموعة **الأرمن** على أن كل زواج يعقد على خلاف ما تقضى به المواد ١ (عدم بلوغ السن) و ٥ (عقد زواج ثان مع قيام السابق) و ٦ و ٧ (مانع القرابة) و ٩ (مانع التبنى) و ١٠ فقرة أولى (اختلاف الديانة) و ١١ (العجز الجنسى) و ١٢ (العدة) و ١٣ (التصريح من الرئيس الدينى) و ١٤ (الشكل الدينى) ـ يجوز الطعن فيه دائما إما من الزوجين وإما من ذى مصلحة فى هذا الطعن ، وإما من الرئيس الدينى . والبطلان المنصوص عليه فى هذه المادة مطلق ولا يمكن إجازته بأى عمل كان » .

البطلان فيما بعد لما لها من آثار خطيرة ، إذ أن الأمر لا يقف عند إزالة أثر عقد تم ، وإنما يمتد إلى تدمير أسرة وهدم مجتمع صغير ، وخاصة بعد أن يتم الاتصال الجنسى بين الطرفين اتصالا من شأنه أن يؤدى إلى التناسل ، لدرجة أن الكنيسة الكاثوليكية كانت فى مرحلة من تاريخها تعلق أهمية كبرى على تلك المخالطة الجسدية ، وكانت ترى أن الزواج لا يعتبر سرا مقدسا إلا بالمخالطة. وإذا كانت هـذه النظرية قد هجرت الآن وأصبح الزواج يعتبر سرا مقدسا فى نظرها بمجرد العقد الصحيح ، ولو لم تحصل مخالطة جسدية ، إلا أنها لازالت تفرق بين الزواج المقرر المكتمل الذى حصل فيه الاتصال الجنسى ، وبين الزواج غير المكتمل ، أى الذى لم تحصل فيه المخالطة الجسدية . فقررت فى الحالة الأولى أن الزواج غير قابل للحل بأى سلطان بشرى ولا أى سبب ، خلا الموت . أما فى الحالة الثانية وهى حالة الزواج غير المكتمل ، فهو قابل للانحلال فى حالات محدودة نصت عليها الإرادة الرسولية للطوائف الشرقية [١].

القاعدة أن الحكم بالبطلان يزيل الزواج لا بالنسبة إلى المستقبل فحسب ، بل وأيضاً بالنسبة إلى الماضى . ويعتبر الزواج كأن لم يكن . وفى هذه الحالة يصبح من حق أى شخص أن يتمسك بهذا الوضع ، حتى ولو كانت دعوى البطلان قد تقررت لأشخاص معينين ، لأن الزواج أو عدم الزواج وصف يلحق الشخص فى علاقاته بجميع الناس . ولهذا لا يخضع الحكم الصادر بالبطلان لقاعدة نسبية الأحكام وعدم حجيتها إلا بين الخصوم [٢]. ويترتب على ذلك أن الأولاد

---

(١) انظر المادتين ١٠٧ و ١٠٨ من الارادة الرسولية .

(٢) انظر فى هـذا Colin.Capitant : Traité de droit civil, réfondu par Léon Juliot De la Morandière. t, 1, 1957, Nos 1002 et 802.

وكذلك : بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق (طبعة ٥ سنة ١٩٥٠ جزء أول) فقرة ١٠٢٤ وما بعدها . أحمد سلامة : مذكراته السابقة ص ٥٠ .

الناتجين من الزواج الذى يحكم ببطلانه يعتبرون غـير شرعيين ، كما ينقضى الالتزام بالنفقة بين الزوجين [1]. بل وتنقضى كل الحقوق التى تثبت لأى منهما استناداً إلى الزواج الذى كان بينهما ، وتعتبر العلاقة التى تمت بين الرجل والمرأة فى الفترة السابقة على الحكم بالبطلان ، بمثابة المعاشرة غير المشروعة . وبصفة عامة يعاد الطرفان إلى الحالة التى كانا عليها قبل قيام زواجهما الباطل ، ويرد كل منهما ماتسلمه من الآخر ، لكونه غير مستحق له . وإذا كان أحد الطرفين قد آل إليه ميراث من الطرف الآخر الذى توفى قبل صدور الحكم بالبطلان ، فانه يجب عليه أن يرد ما أخذه على سبيل الميراث إلى ورثة المتوفى المستحقين للميراث منه . كل هذا يترتب على فكرة الأثر الرجعى للبطلان [2].

---

(١) ومع ذلك فان النفقة يظل محكوما بها الى أن يقضى بالبطلان فعلا . وهذا ما أقره القضاء . فقد حكم أنه « إذا دفع الزوج بأن العقد إذا وقع باطلا لما شابه من إكراه وتدليس، فان هذا لا يمنع من الحكم للزوجة بنفقة زوجية . ذلك أن المادة ١٤١ من لائحة الأحوال الشخصية للاقباط الأرثوذكس تقضى بوجوب النفقة على الزوج لزوجته من حين العقد الصحيح، وطالما أن عقد الزواج الذى يربط المدعى عليه بزوجته لازال قائما ولم يقض ببطلانه فعلا،فان المدعى عليه يكون ملزما بأداء نفقة زوجته » (جزئى الاسكندرية فى ٣٠ أبريل ١٩٥٦ رقم ٦٩ لسنة ١٩٥٦ — غير منشور) .

(٢) مذكراتنا السالفة لطلبة كلية الحقوق ، (عام ١٩٥٧) ص ١٣٠ . وترتيبا على فكرة الأثر الرجعى للبطلان نظمت القواعد الخاصة ببعض الطوائف حكم المهر إذا كان قد اتفق عليه . فنصت المادة ٧٣ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس سنة ١٩٥٥ على أنه « فى حالة الحكم ببطلان الزواج ، إذا كان السبب آتيا من قبل الرجل وكانت المرأة تعلم به فلامهر لها، وإن كانت لا تعلم به فلها مهرها . وإذا كان السبب آتيا من قبل المرأة والرجل يعلم به ، فلها أن تستولى على مهرها . وإن لم يكن عالما به ، فلا حق لها فى المهر » . وانظر كذلك المسألة ٢٨ من الخلاصة القانونية ، وكذلك ابن العسال ، السابق ص ٢٠٠ - ٢٠١ . وفى كلامه عما يفسخ به الزواج ص٢١٣ وما بعدها . وانظر كذلك بالنسبة للاثر الرجعى للبطـلان : كولان وكابيتان مع جوليو دولا مورانديار ، السابق فقرة ٩٩٤ ص٥٩٢ - ٥٩٣ . بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق فقرة ١٠٣٢ وما بعدها .

ولكنا رأينا أن تطبيق هذه الفكرة بالنسبة للزواج يعد أمراً خطيراً ، ولذلك اتجهت القواعد الكنسية إلى الحد من حالات البطلان ومن قاعدة الأثر الرجعى بالنسبة له ، فلجأت إلى فكرة تصحيح الزواج ، كما رتبت على الزواج بعض الآثار رغم بطلانه ، كإبقاء نسب الأولاد من أبيهم وأمهم طبقاً لما ثبت فى شهادة الميلاد . بل إن من التشريعات ما لجأ إلى الحد من أثر قاعدة الرجعية بالنسبة لبطلان الزواج ، فقرر استبعادها إذا أبرم الزواج بحسن نية ، وهذا ما يحدث فى حالة الزواج الظنى [1] . ونعرض فيما يلى لتصحيح الزواج ، ثم للزواج الظنى .

١٣٥ — **تصحيح الزواج** : رأينا أن قواعد القانون الكنسى تعمد إلى التقليل من حالات البطلان والحد من آثاره ، لما يترتب على ذلك من آثار سيئة بالنسبة للزواج . وتمشياً مع هذه السياسة يلجأ القانون الكنسى فى بعض الحالات إلى تصحيح الزواج الباطل ، وبصفة خاصة إذا ما زال السبب الذى يؤدى إلى البطلان ، وذلك كما لو كان هناك مانع من الموانع وسقط هذا المانع من تلقاء نفسه أو عن طريق تدخل أحد الطرفين . مثل ذلك حالة مانع السن ، بأن كان أحد الزوجين أو كلاهما صغيراً لم يبلغ سن الزواج ثم بلغه ، فيزول المانع من نفسه . وكما إذا كانا مختلفى الملة مثلا ، ثم غير أحدهما ملته بحيث صبح متحداً مع الطرف الآخر . .

وإذا كانت القواعد الخاصة ببعض الطوائف المسيحية تنظم هذا الموضوع فان الطوائف الكاثوليكية بصفة خاصة قد لجأت إلى تنظيمه عن طريق وضع

---

(١) انظر كذلك بالنسبة للحد من الأثر الرجعى للبطلان . كولان — كابيتان وجوليو دولا مورانديار ، السابق فقرة ٩٩٥ ص ٥٩٣ .

قواعدعامة مفصلة . ونعرض لتصحيح الزواج أولا لدى الطوائف الأرثوذكسية التى نظمته ثم نعرض له لدى الطوائف الكاثوليكية .

١ — **أما بالنسبة للاقباط الارثوذكس** ، فان مجموعة سنة ١٩٥٥ لم تتعرض لهذا الموضوع وإن كانت مجموعة ١٩٣٨ قد تعرضت لحالة مانع السن ، فقررت أنه إذا كان الزواج معقوداً قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما سن الزواج ، فانه لا يجوز الطعن فيه ، مع ذلك ، إذا كان قد مضى شهر من وقت بلوغ الزوج أو الزوجين السن القانونية ، أو إذا حملت الزوجة ، ولو قبل انقضاء هذا الأجل[1] . ومعنى ذلك أن البطلان يزول ولا يحق أن ترفع به دعوى بعد مضى المدة المنصوص عليها من وقت البلوغ أو بعد حمل الزوجة على النحو السابق . ولم يشر النص إلى تجديد الرضا بالزواج بعد البلوغ .

ولعلى ما جاءت به الخلاصة القانونية فى هذا الشأن يعتبر أكثر وضوحا وتفصيلا . فقد ذكر فيها[2] أن من الموانع « ما يمنع الزواج من قبل ، لكن لا يوجب فسخه إذا اتفق حصوله ، وهو مجرد عدم البلوغ والرضى إكراها بحيث يكون من اقترنا على أى هاتين الحالتين قد اتفقا فيما بعد وامتزجا » .

---

(١) وقريب من هذا ما نصت عليه المادة ٢٢ من القواعد الخاصة **بالارمن** اذ بعد أن نصت المادة ٢١ على أن الزواج الذى يتم على خلاف السن القانونية عندهم (وهى ١٨ و ١٦ سنة مادة ١) يعتبر باطلا بطلانا مطلقا ، جاءت المادة ٢٢ وخرجت على هذا بنصها على أنه « إنما إذحصل الزواج بين شخصين لم يبلغا السن المقررة للزواج ، أولم يبلغ أحدهما هذه السن فلا يجوز الطعن فيه : ١ - إذا كان قد مضى ستة أشهر على بلوغهما ، أو على بلوغ القاصرمنهما سن الزواج ٢ — إذا حملت الزوجة التى كانت دون السن قبل مضى ستة أشهرعلى بلوغ السن » .

(٢) المسألة ١٧ ، القسم الثانى - وكلمة مانع المشار اليها فى هذا الصدد واسعة يدخل تحتها كذلك عدم الرضا بالزواج .

والواقع أن هذا يعد تصحيحاً للزواج باتفاق الطرفين بعد البلوغ[1] . هذا الاتفاق قد يستدل عليه ضمنا من الظروف كما بينت الخلاصة فيما بعد بالنسبة لعدم الرضا . فقد فرقت المسألة ٢٥ بين حالة ما إذا كان الزوجان قد اختلطا أو لم يختلطا ، وقررت أنه إن كان الطرفان قد « اختلطا ببعضهما كأزواج بعقد الزواج ، فلا يفرقان ، لأن اختلاطهما دليل على رضاهما ببعضهما » . وتضيف المسألة نفسها بالنسبة لمانع السن أن « عدم بلوغ السن المقرر . . وإن كان مانعا لعقد الزواج ، لكن إذا وقع سهواً أو جهلا أو تفريطا ، ثم امتزج الزوجان ببعضهما فلا يلزم الفسخ . وإن لم يمتزجا ، كأن تكون الزوجة صغيرة فيلزم انتظارها إلى أن تبلغ السن المناسب لاختلاطها مع زوجها[2] » .

وتضيف الخلاصة القانونية إلى ما سبق موانع أخرى يمكن تصحيح الزواج فيها إذا زال المانع ، وذلك فى حالة عدم النصرانية وزنا المرأة المشتهر الثابت والارتباط بشكل الرهبنة فعلا . هذه الموانع وإن كانت موجبة للفسخ لكن « إذا زال السبب ، كما لو آمن بالمسيح من كان غير مؤمن إيمانا حقيقاً صريحاً جلياً ، أو تابت الزانية توبة نصوحة ، أو تنزل الراهب عن رهبنته فعلا ورغب الفريقان فى الاستمرار ، فللرئيس الشرعى أن يجيز لهما ذلك ، إذا كان صائباً » .

---

(١) انظر ما سبق لنا بيانه بالنسبة لمانع السن ، فقرة ١٠٦ وخاصة ص ٤٩٧ وهامش ٣ وكذلك ٤٩٩ وهامش رقم ٢ .

(٢) ويجعل ابن لقلق عدم البلوغ والرضى إكراها من الزيجات المكروهة المستقبحة التى يمنع بسببها الزواج ، ولكن إذا اتفق الزواج معها لم يفسخ بهذا السبب (ص ٢٢ ملحق ابن العسال) . ويقول ابن العسال (ص ٢٠٣ ـ ٢٠٤) : لا يكون تزويج إلا أن يتراضى المقترنان والذين هما فى حجرهم ، وأن يكونوا بالغين . . . والمزوجة دون ذلك (بلوغ السن) إنما تصير زوجة ناموسية إذا صارت قابلة للرجل .

وواضح على أى حال أن رضا الطرفين بالزواج يعتبر أمراً جوهرياً يترتب عليه تصحيحه باتفاقهما بعد زوال المانع [١]. هذا الرضا يعد مسألة جوهرية فى جميع الحالات وعند جميع الطوائف الأخرى التى تعمل على تصحيح الزواج، كما سنرى فيما يلى عند الكلام عن التنظيم الذى وضعته شريعة الكاثوليك.

ومهما يكن من الأمر فان هناك من صور البطلان ما هو قابل للزوال فيما بعد، وفى هذه الحالة، لا توجد للطرفين مصلحة فى طلب بطلان الزواج، بل

(١) وهذا ما حرصنا على إبرازه فى الطبعة الأولى من هذا الكتاب. فلكى يتم التصحيح يجب أن يزول المانع وأن يتم تراضى الطرفين بالزواج بعد زوال هذا المانع باتفاقهما صراحة أو ضمنا. وهذان هما الشرطان اللذان تستلزمهما الشريعة الكاثوليكية للتصحيح البسيط كما سنرى حالا. ومع ذلك فان البعض (احمد سلامه ط ٢ السابق رقم ٢٩٦ ص ٦٥٦-٦٥٧) قد انتقد قولنا إن هذا يعد تصحيحا لدى الارثوذكس، مع أن شرطى التصحيح الذى يقول به الكاثوليك يتوافران هنا أيضا. ويقول تأييدا لرأيه إن « هذه النصوص تتحدث عن أثر الاجازة أو عن أثر مضى المدة على الزواج الباطل أو القابل للابطال، ومن ثم فالزواج الذى عقد تتأكد صحته ولا يقوم الزوجان بصدده بأى اجراء جديد .. ». والواقع أن الحالة التى عرضنا لها أساسا هى حالة الزواج دون بلوغ السن. والجزاء فيها هو البطلان المطلق، ولا أثر للاجازة أو مضى المدة فى تصحيحه، وهو ما يسلم به صاحب الرأى نفسه (المرجع السابق رقم ٢٩١ ص ٦٤٨ ومع ذلك فانه يقول فى موضع آخر (رقم ٢٨٩ ص ٦٤٧) أن عدم بلوغ الصبى السن المقررة للزواج هو بطلان نسبى. ولا شك أن القواعد الخاصة بالطوائف تجعل منه بطلانا مطلقا. (أنظر مثلا مادة ٤٠ لسنة ١٩٥٥ أقباط ومادة ٢١ أرمن). ومن ناحية أخرى فاننا نستند فى القول بالتصحيح إلى ما جاء بكتب فقه الأقباط، وأشرنا إلى أن مجموعة ١٩٣٨ عندهم، كما هو الشأن بالنسبة لمجموعة الأرمن (م ٢٢) لم تشر إلى اتخاذ أى إجراء بعد البلوغ، وأيدنا ما جاء بكتب الفقه، وهو ما رأينا العمل به والذى يقضى بأنه ينبغى أن يتفق الطرفان بعد البلوغ، وهذا الاتفاق قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا. هذا فضلا من أنه يمكن القول بأن المادة ٤٢ من مجموعة ١٩٣٨ أقباط والمادة ٢٢ أرمن تعرضان بصورة خاصة بتصحيح زواج تم من قبل، وبنص خاص، نظرا لاتفاق الطرفين صراحة أو ضمنا بعد البلوغ فى حالة، أو بأجازة « الرئيس الشرعى » فى الحالات الأخرى التى أشارت اليها الخلاصة القانونية، وذلك متى ظهرت إرادة الطرفين ورغبتهما فى الاستمرار فى الزواج.

إن المصلحة العامة تقضى بذلك حرصاً على مصالح الاسرة والأولاد . والواقع أنه لاضير من ذلك طالما أن الزواج يتم تصحيحه باتفاق الطرفين بعـد زوال المانع أو بعد زوال سبب البطلان بصفة عامة[١] .

٢ ـ أما بالنسبة للطوائف الكاثوليكية ، فقد فرقت القواعد الخاصة بهم بين التصحيح البسيط للزواج والتصحيح من الأصل . ونتكلم بإيجـاز عن كل من هذين النوعين[٢] .

(أ) التصحيح البسيط : La revalidation simple وفى هـــذا الصدد يفرق بين ما إذا كان بطلان الزواج بسبب مانع من الموانع المبطلة ، أو بسبب تخلف الرضا ، أو تخلف الشكل الدينى المطلوب .

١ ـ البطلان بسبب المانع : يشترط لتصحيح الزواج فى هذه الحالة أن يقف المانع[٣] (cesse) أو يصدر إعفاء منه . كما يلزم إلى جانب ذلك أن يصدرعن الطرف الذى يعلم بقيام المانع ـ أومن الطرفين ـ رضا جديد .والقانون الـكنسى يتطلب صدور هذا الرضا الجديد ، حتى ولو كان قد صدر رضا

---

(١) ويبدو أن القضاء عندنا يؤيد هذا النظر : أنظر حكم محكمة دمنهور الابتدائية فى ١٠ ـ ٤ ـ ١٩٥٦ رقم ١ س ٥٦ كلى ، والمنصورة الابتدائية فى ٣٠ ـ ٤ ـ ١٩٥٦ رقم ١٣٦ و ١٩٢ س ٥٦ ، أشار إليها خفاجى ورابح ، السابق ، ص ١٤ و ١٦ و ١٧ على التوالى .

(٢) ولمن يريد المزيد فى هذا الموضوع أن يرجع إلى De Smet ، السابق ص ٦٤٩ وما بعـدها . و Fourneret ، السابق ص ٣٢١ وما بعدها . و « ناز » . السابق فقرة رقم ٤٦٠ وما بعدها ص ٤٠٧ وما بعدها . وهذه المؤلفات فى الفقه الكنسى الغربى ، وهى تعتبر شرحا لما جاء فى الارادة الرسولية فى المواد ١٢٢ ـ ١٣٠ نظراً لتقارب النصوص إلى حد كبير فى هذا الصدد.

(٣) كما لو كان المانع متعلقاً بالسن ، وبلغ الشخص الذى قام لديه المانع سن الزواج .

بالزواج من كل من الطرفين منذ البداية ، حتى ولو لم يعدل عنه منذ ذلك الحين . هذا التجديد للرضى يعتبر ضمانا لقبول الزواج بعد زوال المانع، يصدر ممن كان يعلم ببطلانه . فالتجديد ينبغى أن يكون عملا جديداً للارادة بالنسبة لزواج معروف أنه باطل منذ البداية[1]، هذا بالنسبة لشروط التصحيح .

أما عن صور modalités التصحيح فى حالة البطلان بسبب المانع فتفرق الارادة الرسولية بين حالة ما إذا كان المانع من الموانع الظاهرة الشائعة public ، وفى هذه الحالة ينبغى أن يتجدد رضا الطرفين فى الشكل الذى يتطلبه القانون ، وبين ما إذا كان المانع غير ظاهر ، أى مستتراً occulte [2] وكان معلوماً فى الوقت ذاته من الطرفين ، فى هذه الحالة يكفى أن يتجدد رضا كل منهما بصورة خاصة en privé وسراً secrètement . أما إذا كان خفياً ومجهولا من أحدهما ، فانه يكفى أن يجدد من يعلم به رضاه بصورة خاصة وسراً، بشرط أن يستمر الرضا الذى صدر من الطرف الآخر[3] .

٢ ـ البطلان لتخلف الرضا : ـ إذا كان الزواج باطلا لتخلف الرضا ، فان تصحيحه يتم متى صدر الرضا عن الطرف الذى تخلف رضاه ، وبشرط أن يظل رضا الطرف الآخر بالزواج قائما .

أما عن صور التصحيح فى هذه الحالة فانه يفرق بين فرضين : فى فرض

---

(١) أنظر المادتين ١٢٢ و ١٢٣ من الإرادة الرسولية للكاثوليك .

(٢) أنظر فى التفرقة بين هذين النوعين من الموانع ، ما سبق رقم ١٠٥ ص ٤٩٢ .

(٣) أنظر المادة ١٢٤ من الارادة الرسولية .

أول حيث يكون تخلف الرضا بالزواج باطنياً محضاً[1] (interieur) . وفى هذه الحالة يكفى أن يرضى الطرف ، الذى تخلف رضاه الباطنى ، رضاء باطنياً فى أى وقت لاحق على إبرام الزواج ، فيصير بذلك ولا مطعن عليه . وفى الفرض الثانى حيث يكون تخلف الرضا بالزواج قد ظهر إلى العالم الخارجى ، ينبغى أن يظهر الرضا ويعبر عنه فى العالم الخارجى ، سواء تم ذلك فى الصورة العادية وفى الشكل الذى يتطلبه القانون – بحضور رجل الدين والشهود – وذلك متى كان تخلف الرضا ظاهراً شائعا pulblic ، أو على العكس من ذلك يتم الرضا بطريقة خاصة وسراً متى كان تخلفه مستتراً غير ظاهر occulte[2] .

٣ – البطلان لتخلف الانعقاد الدينى : إذا كان الزواج باطلا لتخلف الشكل الدينى فانه يجب أن يعاد العقد من جديد فى الشكل المشروع ، مع تبادل الرضا أمام الكاهن المختص والشهود . وهذا بطبيعة الحال متى كان الشكل الدينى إلزامياً[3] . وكثيراً ما يحدث أن يتخلف الأفراد عن القيام بالاجراءات الدينية اللازمة للانعقاد ويكتفون بابرام زواج أمام موثق الحالة المدنيـة فى البلاد التى تقر الزواج المدنى[4] .

---

(١) أى لم تكن هناك إرادة حقيقية فقد يحدث فى الظاهر أن تجيب الفتاة مثل غيرها على أسئلة الكاهن حين العقـد ، دون تردد ؛ وفى هذه الحالة وإزاء موقفها العادى لا يتسنى لأحد أن يشك فى أنها لم تكن تصدر فى ذلك عن رضا تام بالزواج . انظر فى هذا Fourneret السابق ، ص ٣٢٥ وهامش رقم ٢ .

(٢) أنظر فى هذا : المادة ١٢٥ من الارادة الرسـولية ، و Fourneret ، السابق ص ٣٢٥ - ٣٢٦ . والمادة ١٢٢ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لفيليب جلاد .

(٣) فقد يتم الزواج دون حضور رجل الدين كما قدمنا .

(٤) أنظر المادة ١٢٦ من الارادة الرسولية ، وكذلك المادة ١٢٣ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لفيليب جلاد .

(ب) التصحيح من الأصل : Convalidation radicale: وهو تصحيح غير عادى للزواج يتم فى أحوال استثنائية[1]، ونتكلم فى إيجاز عن ماهيته أو طبيعته ثم عن تطبيقه، وعن السلطة التى تمنح هذا التصحيح .

ماهيته: تصحيح الزواج من الأصل عمل تصحح به الكنيسة الزواج الباطل عن طريق إعفاء الزوجين من تجديد رضاهما الذى أصدراه من قبل، مع إعفائهما لها مما قد يوجد من الموانع أو تقريرها أن هذا المانع قد زال وانقضى . هذا العمل الذى تقوم به الكنيسة ينتج — عن طريق الحيلة القانونية — أثراً رجعياً بالنسبة للآثار الكنسية للزواج .

ويكون التصحيح من الوقت الذى يصدر فيه العفو . أما الأثر الرجعى فانه يمتد إلى الوقت الذى تم فيه تبادل الرضا بالزواج . وذلك ما لم يتقرر غير ذلك صراحة فى قرار التصحيح نفسه . فالكنيسة لا تعتبر الزواج صحيحاً منذ الوقت الذى صدر فيه قرار التصحيح فحسب، ولكن عن طريق الحيلة القانونية، تعامل الزوجين كما لو كان القانون الكنسى لا يمنع انعقاد العقد وقت أن تبادل الطرفان الرضا به[2] .

والاعفاء من تجديد الرضا يمكن أن يمنح حتى دون علم أحد الطرفين، أو دون علمهما معا . بل ومن الممكن أن يتم ذلك ضد رغبتهما[3] .

---

(١) ويعرفه القانون الكنسى تحت عنوان « Sanatio in radice » . وقد نظمته الارادة الرسولية، على نمط القانون الكنسى الغربى، فى المواد ١٢٧ — ١٣٠ .

(٢) ولهذه الرجعية أثرها بالنسبة لشرعية نسب الأولاد فى الفترة التى كان فيها الزواج باطلا . وإلى جانب ذلك يمكن القول بترتب الأثر الرجعى حتى ولو مات أحد الطرفين أو كلاهما . ويمنح هذا الأثر بصفة خاصة بالنسبة لتصحيح نسب الأولاد (أنظر هامش ١ ص ٤١١ من القانون الكنسى باشراف « ناز » المرجع السابق) .

(٣) أنظر المادة ١٢٧ من الارادة الرسولية . وأنظر كذلك Fourneret، السابق ص ٣٢٧ — ٣٢٨ . والقانون الكنسى باشراف « ناز »، السابق، فقرة ٤٦٦ ص ٤١٠ — ٤١١ .

تطبيقه : إذا كان الزواج باطلا لتخلف الشكل أو بسبب وجود مانع، ففى هذه الحالة إذا تم الزواج برضا الطرفين رضاء كافيـا من الناحية الطبيعية لتـكوين العقد ، كان من الممكن أن يرد عليه التصحيح من الأصل ، بشرط أن يكون الرضا الصادر من قبل قد استمر إلى وقت صدور التصحيح ، ولا يهم فى هذه الحالة كون الرضا غير مجد من الناحية القانونية ، نظراً لوجود مانع مبطل من الموانع الـكنسية أو نظراً لتخلف الشكل المشروع[1]. إذا تم الرضا على النحو أمكن للـكنيسة أن تلجأ إلى التصحيح . لـكن على العكس من ذلك إذا كان الزواج قد أبرم مع وجود مانع من موانع الحق الطبيعى droit naturel أو الالهى divin فان الـكنيسة لا تمنح التصحيح من الأصل ، حتى ولو توقف المانع ، أو حتى من وقت زواله[2].

أما إذا كان الزواج باطلا لتخلف الرضا ، سواء كان هذا التخلف لدى أحد الطرفين أو كليهما ، فلا يرد عليه تصحيح من الأصل . وتخلف الرضا إما أن يكون منذ البداية ، وذلك فى حالة ما إذا لم يصدر رضا حقيقى بالزواج ، وإما أن يتخلف فيما بعد ، وذلك إذا ما صدر ثم عدل عنه بعد صدوره . وقد يحدث أن يتخلف الرضا منذ البداية ، ثم يصدر بعد ذلك فى وقت لاحق خلال الحياة المشتركة بين الطرفين ، فى مثل هذا الفرض يمكن التصحيح من الأصل ، لـكن لا يمتد الأثر الرجعى له إلا إلى الوقت الذى صدر فيه الرضا ، لا إلى الوقت الذى بدأت فيه حياة الطرفين المشتركة . فالمهم إذن ـ لـكى يمكن أن يكون هناك تصحيح للزواج الباطل ـ أن يوجد الرضا فى وقت ما ، أثناء الحياة

---

(١) أنظر أمثلة على تخلف الشكل ولقيام المانع فى Fourneret ، السابق ص٣٢٨و٣٢٩

(٢) أنظر المادة ١٢٨ من الارادة الرسولية .

المشتركة للطرفين ، ولا يكون التصحيح إلا من ذلك الوقت فقط [1] .

السلطة التى تمنحه : تصحيح الزواج من الأصل يكون للكرسى الرسولى فقط . ومع ذلك فإن للبطريرك السلطة فى منح التصحيح من الأصل فى الحالات التى لا يعترض فيها على صحة الزواج إلا لتخلف الشكل أو لمانع يمكنه هو التفسيح منه (مادة ١٣٠ من الارادة الرسولية) .

١٣٦ — الزواج الظنى (mariage putatif) : الزواج الظنى زواج باطل إلا أن بطلانه لا ينتج أثراً إلا بالنسبة للمستقبل فقط ، وذلك نظراً لحسن نية الزوجين أو أحدهما . أما بالنسبة للفترة السابقة على الحكم بالبطلان ، فإن آثار البطلان لا تمتد إليها ، بل يترتب على قيام العلاقة فيها بين الزوجين نفس الآثار التى تترتب على العلاقة الزوجية إذا كان الزواج صحيحاً .

وفكرة الزواج الظنى التى أخذت بها التشريعات المدنية فى الوقت الحاضر فكرة مستمدة من القانون الكنسى . ولم تكن هذه الفكرة معروفة فى القانون الرومانى ، كما أنها لم تظهر فى التشريع الكنسى اللاتينى إلا فى القرن الثانى عشر [2] . والسر فى الأخذ بهذه الفكرة هو الرغبة فى تلافى النتائج التى تترتب

---

(١) أنظر المادة ١٢٩ من الارادة الرسولية .

(٢) ولا تعرف الشريعة الاسلامية اصطلاح الزواج الظنى ، ولكن قد تترتب على العقد الباطل أو الفاسد بعض آثار الزواج . ويفرق بالنسبة لترتب هذه الآثار بين ما إذا كان قد حصل دخول حقيقى أم لم يحصل . فقبل الدخول الحقيقى لا يترتب على العقد الباطل أو الفاسد أية آثار ، ويفرق بين الزوجين . أما بعد الدخول الحقيقى فانه يفرق بينهما ، ومع ذلك تترتب بعض أثار الزواج الصحيح ، من ذلك وجوب العدة بعد التفريق ويعتبر إبتداؤها من هذا الوقت ، وثبوت النسب إذا حملت المرأة من هذا الزواج وتوافرت شروط هذا الثبوت على الوجه الشرعى ، كما يترتب على الدخول كذلك فى هذه الحالة وجوب المهر وحرمة المصاهرة (أنظر فى هذا الموضوع : عمر عبد الله ، السابق ص ٨٧ — ٩١ . محمد يوسف موسى ، السابق فقرة ١٣٩ وما بعدها ص ١١٠ — ١١٣ . محمد أبو زهرة السابق ، فقرة ١٢٢ وما بعدها).

على البطلان — نظراً لكثرة حالاته — بالنسبة إلى الماضى . ويمكن القول بصفة عامة إنه يجوز إعمال أحكام الزواج الظنى بالنسبة للطوائف المسيحية المختلفة ، نظراً لأهمية الأخذ بنتائجه من الناحية الاجتماعية ، كما سنرى عند الكلام عن الآثار التى تترتب على تطبيق فكرة الزواج الظنى .

وسنعالج فيما يلى — بصفة عامة — شروط الزواج الظنى وآثاره على ضوء ما جاءت به مجموعة الأقباط الأرثوذكس[1] ، فقد نصت المادة ٤٢ من مجموعة ١٩٥٥ (وتقابل المادة ٤٤ من مجموعة ١٩٣٨) على أن : « الزواج الذى حكم ببطلانه ، يترتب عليه مع ذلك آثاره القانونية بالنسبة للزوجين وذريتهما ، إذا ثبت أن كليهما حسن النية ، أى كان يجهل وقت الزواج سبب البطلان الذى يشوب العقد » .

« أما إذا لم يتوافر حسن النية إلا من جانب أحد الزوجين دون الآخر ،

---

(١) والنص الذى جاءت به هذه المجموعة منقول عن المادتين ٢٠١ و ٢٠٢ من القانون المدنى الفرنسى . أما بالنسبة **للطوائف الأرثوذكسية** الأخرى فقد وردت أحكام هذا الزواج بالنسبة للأرمن فى المادتين ٢٣ و ٢٤ من مجموعتهم . وإذا كانت شريعة السريان والروم لم توردا حكم هذا الزواج ، فانه يمكن الأخذ بالأحكام الخاصة بالطوائف الأخرى بالنسبة لتابعى هاتين الطائفتين (أحمد سلامة ، السابق ، ص ٥٣) . ولا نرى مانعا من إعمال الآثار المترتبة على الزواج الظنى بالنسبة للانجيليين وإن لم يرد عندهم نص بشأن الزواج الظنى - وخاصة ما تعلق من تلك الآثار بثبوت النسب وما يترتب عليه .

وبالنسبة للكاثوليك تكلمت المادة ٤/٤ من الارادة الرسولية عن الزواج الظنى فنصت على أن الزواج غير الصحيح يقال له ظنيا متى عقد أمام الكنيسة بحسن نية من أحد الطرفين على الأقل ، وذلك طالما أن بطلانه لم يصر محققا لهما . فشرط وجود زواج ظنى هو عقده أمام الكنيسة ، مع توافر حسن نية أحد الطرفين على الأقل .

وبالنسبة لآثار هذا الزواج لدى الكاثوليك أعطت المادة ١٠٣ من الارادة الرسولية للأولاد الذين حمل بهم أو ولدوا من زواج ظنى حكم هؤلاء الذين حمل بهم أو ولدوا من زواج صحيح ، من حيث الشرعية . وانظر كذلك المادة ١٠٥ من هذه الارادة .

فالزواج لا يترتب عليه آثاره إلا بالنسبة لهذا الزوج ولأولاده المرزوقين له من ذلك الزواج [١] » .

أولا : شروط الزواج الظنى : إذا كان حسن النيــة شرطا لازما بالنسبة للزواج الظنى ، فانه يوجد شرط آخر ينبغى النظر إليه لقيام الزواج الظنى، وهو شرط وجود مظهر قانونى للزواج . فلكى يعتبر الزواج ظنيـا يلزم أن يكون هناك مظهر للزواج وأن يتوافر حسن النية .

(١) المظهر القانونى للزواج : يلزم أن يتوافر هذا المظهر ، فاذا تخلف لا يوجد هناك زواج ظنى . وبعبارة أخرى إن الزواج الباطل فقط هو الذى يمكن أن يكون ظنيا . أما إذا كان الزواج منعدما ، فانه لا يمكن أن يؤخذ من العدم آثار قانونية . فاذا كان هناك اتحاد فى جنس الزوجين مثلا ، أو إذا تخلف شرط العلانية كلية كأن يكتفى الطرفان بتبادل الايجاب والقبول فيما بينهما فقط ، لاينشأ مركز قانونى ، ومن المستحيل ، حتى ولو عن طريق الحيلة ، أن يؤخذ من هذا العدم البحت أقل أثر قانونى [٢] .

(٢) حسن النية : ويشترط لــكى يوجد هناك زواج ظنى كذلك أن يكون

---

(١) وتنص المادة ٢٣ أرمن على أن « الزواج الذى حكم ببطلانه يترتب عليه مع ذلك آثاره المدنية بالنسبة للزوجين وذريتهما إذ ثبت أن كليهما حسن النية » . كما تنص المادة ٢٤ على أنه : « أما إذا كان حسن النية مقصوراً على أحد الزوجين ، فلا ينتج الزواج آثاره المدنية إلا بالنسبة لهذا الزوج وللأولاد المرزوقين له من ذلك التاريخ » .

(٢) بلانيول وريبير ، وبولانجى ، السابق ، فقرة ١٠٤٣ وانظر كذلك فقرة ١٠٤٤ و١٠٤٥ . جميل الشرقاوى : الزواج فى القانون الفرنسى والمقارن (سنة ١٩٥٩/٥٨) ص ١٧٦ - ١٧٩ .

كل من الزوجين أوأحدهما على الأقل حسن النية[1] (de bsnne foi). وحسن النية المطلوب فى هذه الحالة هو جهل سبب البطلان ، أى ينبغى أن يعتقد الطرفان أو أحدهما على الأقل، وقت الزواج، أن زواجهما صحيح. ويظل الزواج كذلك ظنيا طالما لم يصر بطلانه محققا لهما[2] . وفى هذه الحالة قد يكون حسن النية ناشئا عن جهل تخلف شرط من شروط الزواج التى يتطلبها القانون الكنسى، كوجود مانع يمنع قيام الزواج بين الطرفين ، وقد يكون الاعتقاد فى صحة الزواج على هذا النحو وليد غلط فى الواقع ، كما إذا جهل الزوجان مثلا رابطة القرابة أو المصاهرة التى تربطهما . كأن يتزوج شخص بأخته مثلا وهو يجهل أنها أخته . أو غلط فى القانون ، كما إذا تزوج عم أو خال بنت أخيه أو بنت أخته جاهلا نص القانون الذى يعتبر القرابة فيما بينهما مانعا من الزواج ، إذ فى هذه الحالة يعلم الشخص بقرابتها له ، ولكنه يجهل أن القرابة حتى الدرجة الثالثة تعتبر مانعا مبطلا للزواج .

وحسن النية هنا يلزم أن يكون فى الوقت الذى يبرم فيه الزواج. فاذا زال حسن النية بعد ذلك، بأن علم الزوجان سبب البطلان ، فلا أثر لذلك العلم على وجود الزواج الظنى . فيجوز الاعتداد به حتى بالنسبة للآثار التى تترتب بعد زوال حسن النية، طالما أن البطلان لم يتقرر، أى أنه يعتد بالآثار التى تترتب على الزواج

---

(١) فاذا كان الزوجان سيء النية ، لا يقوم الزواج الظنى ولا تترتب آثاره ، وبالتالى يرتب البطلان آثاره بأثر رجعى . ومع ذلك فقد يثار الأمر بالنسبة لترتب بعض الآثار بمناسبة هذا الزواج الباطل إذا حصل دخول بين الزوجين كما تقضى بذلك الشريعة الاسلامية مثل وجوب العدة على المرأة ... (أنظر ما أشرنا إليه فى بداية هذا البند ص ٦٦٢ هامش ٢ . وانظر أيضا بالنسبة لما قرره القضاء الفرنسى فى هذا الصدد ، وهو قريب من حكم الشريعة الاسلامية: أحمد سلامة السابق ط ٢ رقم ٣٠٣ ص ٦٦٩ - ٦٧٠) .

(٢) وهذا ما نصت عليه كذلك الارارة الرسولية فى المادة ٤/٤ .

الظنى فى الفترة بين العلم بسبب البطلان والحكم به . وعلى ذلك فان الأولاد الذين يولدون بعد زوال حسن النية يفيدون من الزواج الظنى ويعتبرون شرعيين طالما أنهم ولدوا قبل الحكم بالبطلان .

أما عن إثبات حسن النية فى صدد الزواج الظنى ، فقد ثار الجدل حوله . ولكن الرأى الراجح الذى سار عليه القضاء الفرنسى يقرر أن حسن النية مفترض . فاذا ما أريد استبعاد آثار الزواج الظنى ، فانه يتعين على من يريد ذلك أن يقيم الدليل على سوء نية الزوجين أو أحدهما[1] .

ولا يكفى توافر حسن النية لاعتبار الزواج ظنيا ، بل يجب أن يتمسك بذلك من له مصلحة من الزوجين . فقد يتوافر حسن النية بالنسبة لأحدهما ولا يرغب مع ذلك فى التمسك به للابقاء على بعض آثار الزواج رغم بطلانه . فهنا لا يستطيع الطرف الآخر أن يتمسك بوجود زواج ظنى استنادا إلى حسن نية الآخر ، وتترتب النتائج العادية للبطلان[2] .

---

(١) ويستند فى هذا الصدد إلى المادة ٢٢٦٨ من القانون المدنى الفرنسى التى جاءت تقرر افتراض حسن النية بصدد التقادم القصير الذى يقوم على الحيازة المادية للأشياء . وتنص المادة ٢٢٦٨ على أن « حسن النية مفترض دائما ، وعلى من يدعى سوء النية أن يثبت ذلك » : "La bonne foi est toujours présumée c'est à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver"

ذلك أنه ولو أن النص وارد فى شأن التقادم ، إلا أنه لا يقيم قرينة خاصة فى هذا الموضوع ، هو قائم على فكرة عامة مؤداها أنه لا يفترض فى أحد أنه يخالف القانون عن علم بذلك . ومع هذا فلقاضى الموضوع السلطة المطلقة فى تقدير سوء النية .

(٢) أنظر فى هذا الصدد بصفة عامة : بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق ، جزء أول ، فقرة ١٠٤٦ وما بعدها . كولان وكابيتان مع ليون جوليو دولا مور انديار ، جزء أول ، فقرة ٩٩٧ . وانظر كذلك مذكراتنا السابق الاشارة إليها لطلبة كلية الحقوق ١٩٥٧ — ١٩٥٨ . عبد الفتاح عبد الباقى : الأحوال الشخصية لغير المسلمين - أحكام الزواج فى القانون الفرنسى ، ص ٨٣ - ٨٤ . جميل الشرقاوى : الزواج فى القانون الفرنسى المقارن ٥٨/١٩٥٩ ، ص ١٧٩ — ١٨٠

ثانيا : آثار الزواج الظنى : رأينا أن آثار الزواج الظنى تقتصر على الفترة السابقة على تقرير البطلان . ويتمثل ذلك فى اعتبار الزواج خلال تلك الفترة كما لو كان صحيحا تترتب عليه آثاره ، ولا أثر للبطلان عليها . وبهذا تقترب الآثار المترتبة على بطلان الزواج الظنى من الآثار التى تترتب على فصم الرابطة الزوجية عن طريق التطليق مثلا ، على أساس أن الزواج ينتهى بالنسبة إلى المستقبل فقط ، دون مساس بما ترتب من آثار فى الماضى ، أى دون أثر رجعى . إلا أنه يفرق بالنسبة لترتب هذه الآثار بين ما إذا كان كلا الزوجين حسن النية ، وبين ما إذا كان حسن النية متوافراً لدى أحدهما فقط .

(ا) إذا كان الزوجان حسنى النية ، ترتبت على الزواج آثاره ، كما لو كان زواجا صحيحا ، وذلك على الرغم من الحكم ببطلانه . ولا يختلف الزواج فى هذه الحالة عن الزواج الصحيح إلا من حيث المدة التى تترتب فيها تلك الآثار. وعلى ذلك، إذا توفى أحد الزوجين قبل الحكم بالبطلان فلا يتأثر حق الآخر فى الميراث الذى تلقاه عن المتوفى إذا ما تقرر البطلان بعد ذلك . وهذا بخلاف وإذ مالو حصلت الوفاة بعد الحكم بالبطلان ، فلا يكون لأى منهما حق قبل الآخر ، لم يعودا زوجين بعد ، سواء تعلق الأمر بميراث أم بنفقة زوجية ، لأن هذه حقوق متصلة بصفة الزوجية التى زالت عنهما . وبالنسبة للأولاد فان من يولد من هذا الزواج يعتبر شرعيا ، وتترتب له كافة الحقوق ، وخاصة ما تعلق منها بالميراث . ولا يتغير مركز الأولاد فى هذه الحالة حتى تقرير البطلان ، إذ تبقى لهم صفة الأولاد الشرعيين . ويبقى حق الإرث على وجه الخصوص بين كل من الزوجين السابقين وبين الأولاد .

ويراعى أنه إذا كان النص لا يتكلم إلا عن حقوق الزوجين والأولاد ،

إلا أنه يمكن التمسك بصفة الزواج الظنى من آخرين ذوى مصلحة كالورثة مثلا. وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية [1] فى ظل نصوصها التى أخذت عنها نصوص الأقباط الأرثوذكس .

(٢) إذا كان أحد الزوجين فقط حسن النيه [2] فان الذى يفيد من آثار الزواج فى هذه الحالة هو الزوج حسن النية فقط والأولاد الناتجون من هذا الزواج .

أما بالنسبة للزوج حسن النية فانه يفيد من آثار الزواج فى الفترة السابقة على تقرير البطلان ، مع حرمان الزوج الآخر من جميع تلك الآثار . ويعتبر الزواج، بالنسبة له كأن لم يوجد .فاذا ما توفى أحد الزوجين قبل الحكم ببطلان الزواج ، فإن الزوج الذى يرث هو حسن النية منهما دون الآخر . وفى صلة الزوجين بالأولاد يكون للزوج حسن النية أن يتلقى الإرث عن أولاده إذا ماتوا قبله . أما سيء النية فليس له أن يدعى شرعية أبوته لأولاده ، وبالتالى لا يكون له أن يرثهم ولا يرث أولادهم (أحفاده) إذا ماتوا قبله . ومع ذلك فان هذا خاص به وحده ، أى خاص به شخصيا فلا يمتد إلى أصوله ، ويعتبر الأولاد بالنسبة لهؤلاء الأصول شرعيين ، إذ لا ذنب لهؤلاء الأصول فى سوء نية هذا الزوج [3] .

---

(١) عرائض فى ٩ يوليو ١٩٣٥ منشــور فى D. H. 1935. 413 وكذلك فى (S. 1936. 1-1) ، أنظر بالنسبة لحسن النية لدى كل من الزوجين : بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق ، فقرة ١٠٥٠ وما بعدها ص ٣٨٤ - ٣٨٥ . كولان وكابيتان مع ليون جوليو دولامورنديار ، السابق ، فقرة ٩٩٩ . وانظر كذلك : جميل الشرقاوى . الزواج فى القانون الفرنسى ، السابق ص ١٨١ — ١٨٣

(٢) أنظر فى هذا : بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق ، فقرة ١٠٥٥ وما بعدها . كولان وكابيتان ، السابق فقرة رقم ١٠٠٠ ، جميل الشرقاوى ، السابق ص١٨٣ — ١٨٤ .

(٣) بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق فقرة ١٠٥٦

ومع ذلك فان الأولاد لا يتأثرون إطلاقا بسوء نية أحدوالديهم ، فيثبت لهم النسب الشرعى فى علاقتهم بوالديهم ، حتى من كان سىء النية منهما ، ويحق لهم أن يرثوهما كذلك [١] .

المطلب الثانى

الجزاء على شروط الزواج فى الشريعة اليهودية

١٣٦ مكرر – الحد من حالات البطلان ونتائجه : تحرص الشريعة اليهودية كالمسيحية على تلافى إمكان بطلان الزواج إذا ما تم بين طرفيه ، ولهذا فانها تفرض من الوسائل ما يمنع البطلان بقدر المستطاع ، كما تحد منه أيضاً فلا ترتبه كجزاء على كل مانع من موانع الزواج .

ولهذا نجد أنها تدعو القائمين بالأمر إلى «أن يدققوا البحث خشية أن تكون المرأة محرماً » وذلك عند إبرام العقد [٢] . ومن ناحية أخرى ، فان فى العلانية التى تتم بصلاة البركه ما يحقق إشهار الزواج ، حتى يتسنى الكشف عما قد

= أما بالنسبة للسلطة الأبوية ، فان الكلام يثار حول إعطائها لسيء النية من الزوجين . وإذا كان هناك اتجاه يرى حرمانه من هذه السلطة ، فان الاتجاه الآخر يرى العكس لأنها لا تقرر حقوقا له ، ولكنها تفرض عليه التزامات كذلك . وقد يكون فى عدم إعطائها لمن كان سيء النية ضرر بالأولاد ، ولهذا فان أنصار هذه الفكرة الأخيرة يرون أن يترك الحق فى الحضانة لتقدير المحاكم ، وأنه إذا كان الأب هو سيء النية ، فانه ينبغى أن تتقرر مباشرة السلطة الأبوية للأم (بلانيول وريبير ، السابق فقرة ١٠٥٩ . كولان وكابيتان السابق ، فقرة ١٠٠٠ ص ٥٩٦ وهامش ١)

(١) وتعطى المادة ١٠٣ من الإرادة الرسولية للكاثوليك للأولاد الذين يحمل بهم أو يولدون من زواج ظنى حكم الأولاد الشرعيين المولودين من زواج صحيح .

(٢) شعار الخضر ص ٧٥ .

يكون هنالك من موانع . وهذا مما يدعو إلى اتخاذ إجراءات العلانية الشرعية المعروفة بالسبع بركات ، إذ القصد من ذلك هو « وجوب توفر العلانية والجمع بين عشر رجال على الأقل » . « فالتبريك وحده بغير هذه العلانية لاعبرة به وإلا وجب استئنافه استيفاء للعلانية ضرورة كونها هى المقصودة أصلا [1] » . هذه بعض الوسائل التى تتم سلفاً حتى يتحقق معها إمكان تلافى ما قد يكون هنالك من موانع .

ولا يترتب البطلان على تخلف كل شرط من شروط الزواج أو مع وجود كل مانع من الموانع فى الشريعة اليهودية ، ولهذا نجد أنهم يتكلمون عن موانع ينعقد معها العقد ، ولكن يلزم الطلاق ، حتى يمكن تلافى النتائج الخطيرة التى تترتب على منطق الأثر الرجعى للبطلان ، كما قد لا يلجأ إلى البطلان وإنما إلى الفسخ .

من ذلك ما جاء بالنسبة لركن الرضا فى الزواج ؛ إذ فى حالة زواج الصغيرة بدون ولاية أبيها يكون لها فسخ العقد ، سواء لدى الربانيين أم لدى القرائين . ومع ذلك فانه لا يكون لها ذلك إذا ما حملت أو بلغت سن الزواج [2] . وهذا هو الحكم بالنسبة للقاصر أيضاً ، إذ لا يكون له أن يطلق ، بل يفسخ ، وإنما لا يكون له ذلك إذا رشد واختلى بزوجته ، إذ فى هذه الحالة يلزم أن يطلق [3] .

ومن ذلك أيضاً ما جاء بالنسبة لموانع الزواج ؛ إذ لا يترتب البطـــــلان

---

(١) المرجع السابق ص ٦٥ وص ١٠٨ .

(٢) أنظر المادة ٢٧ و ٣٠ من ابن شمعون وانظر كذلك بالنسبة لإجراءات الفسخ وصوره وصحته وآثاره المواد من ٢٨ - ٣٢ . وانظر أيضا لدى القرائين تعليق مراد فرج شعار الخضر ص ٦٥ و ٧٢ .

(٣) م ٣٣ من ابن شمعون .

كجزاء على قيام المانع فى جميع الحالات ، بل هنالك من الحالات ما يجب فيها الطلاق . وهذا هو الشأن بالنسبة لمانع القرابة ، إذ فى بعض الحالات يؤدى المنع إلى عدم قيام الزواج أصلا ويكون الجزاء هو البطلان ولايحتاج إلى طلاق ، ونوع آخر يجبر الرجل فيه على الطلاق [١] وهذا هو الشأن كذلك بالنسبة لبعض الموانع الأخرى . كما فى حالة ممنوعات الكاهن إذ يلزم الطلاق [٢] ، والمطلقة بعد عقد الغير عليها فهى إذا كانت تحرم على من طلقها ، إلا أنه إذا تزوجها لا يبطل الزواج ، بل يلزم بطلاقها [٣] ، والمطلقة للزنا إذا تزوجت بمن

---

(١) وهذه التفرقة لدى كل من الربانيين والقرائين بالنسبة لمانع القرابة . وقد نصت المادة ٣٨ عند الربانيين على هذين النوعين من قرابة التحريم ، فبينت أن النوع الأول «لا ينعقد فيه العقد ، ولا يحتاج إلى طلاق ، والأولاد لا يعدون شرعين» وأن النوع الثانى « يكون العقد فيه باطلا ويجبر الرجل على الطلاق ، ولا يعد الأولاد غير شرعيين» . ويبدو أن كلمة باطل فى هذه الحالة الأخيرة لم تستعمل فى وضعها الصحيح ، وإن كان القصد منها أن العقد محرم (أنظر جميل الشرقاوى ٥٩/١٩٦٠ ص ٢٤٥ هامش ١) . وقد نصت المادتان ٣٩ و ٤٠ على هذين النوعين من القرابة .

وعند القرائين كذلك يوجد نوع من القرابة يترتب على مخالفته البطلان ، ونوع آخر لا يؤدى إلى البطلان ، بل يوجب الطلاق . والقرابة من النوع الأخير . تشمل محرمات المأخذ السادس من مآخذ التحريم عندهم (أنظر فى المأخذ السادس ص ٤٨ وما بعدها من شعار الخضر ، وانظر كذلك ص ٦١ من المرجع نفسه ، وانظر ما سبق لنا بيانه فى هذا الصدد عند كلامنا عن مانع القرابة فى الشريعة اليهودية) .

(٢) سواء لدى الربانيين (أنظر م ٤٦ و ١٨٥) ، أم لدى القرائين (أنظر ص ٩٧ وكذلك ص ١٠٥ ـ ١٠٦ من شعار الخضر) .

(٣) وهذا ما يقول به القراءون ، إذ ورد فى ص ١٠٤ شعار أن « الرجوع إلى المرأة بعد عقد الغير عليها معصية ، ولو انقضت العدة ، وهى الثلاثة أشهر ، والذرية تعاب ، ولو أنها شرعية تنسب وتقبل » . ويبدو أن هذا الحكم مأخوذ به لدى الربانيين كذلك (أنظر جميل الشرقاوى ٥٩/١٩٦٠ ص ٢٤٧ بالهامش) .

زنى بها [1] . كما أنه فى حالة العقد على المرأة فى الأيام المحرمة ، لا يكون الجزاء هو البطلان [2] .

وتنص القواعد الخاصة بالربانيين على تحريم زواج المختلية بمن اختلى بها ولكنه يكلف بالطلاق إذا عقد عليها (م ١٩٠) .

وإلى جانب ذلك فقد نص لدى القرائين على حالات يمنع فيها الزواج بين ذكور وإناث ، ولكن العقد ينفذ مع ذلك ، ويحتاج إلى الطلاق [3] .

هذا بالنسبة للموانع . ومن الواضح أنه إذا كان المنطق يقضى بجعل البطلان كجزاء على وجود مانع من الموانع المعاصرة لانشاء الزواج إلا أن اليهود يوجبون الطلاق ، وذلك للتخفيف من الآثار التى تترتب على البطلان .

---

(١) ويكلف الرجل شرعا بطلاقها حتى ولو رزقت منه (أنظر م ٣٤٧ من ابن شمعون وكذلك المادة ٣١٦) . وانظر كذلك شعار الخضر ص ٩٧ حيث ينص على أنه وإن كان العقد على الزانية ينفذ شرعا ، إلا أنه يحتاج إلى الطلاق . وانظر كذلك ص ١٠١ . ويبدو أن الأمر بالنسبة للقرائين فى تحريم الزانية سواء تزوجها من زنى بها أم غيره .

(٢) وتنص القواعد الخاصة بالقرائين بأن الزواج الذى يعقد فى فترة الحيض لا يكون باطلا . فمنع العقد على العقد لا يعنى البطلان ، وإنما يلزم تجديده بعد الطهر ، فقد جاء فى الشعار (ص ٨٠) : « على أنه إذا قيل إن العقد عليها يلزم تجديده بعد الطهر ، فليس المعنى بطلان العقد الأول ، بل يبقى كما هو لا يزعزعه غير الطلاق » . ويبدو أن هذا الحكم مأخوذ به لدى الربانيين (أنظر جميل الشرقاوى ، السابق ١٩٦٠/٥٩ (ص ٢٤٦ رقم ٤) .

(٣) فقد ورد فى شعار الخضر ص ٩٦ - ٩٧ ، تحت عنوان « إناث وذكور أخر » أنه : « يوجد بعض إناث وذكور غير ما مر بنا ممنوعون من العقد شرعا ، ولكن عندهم مع ذلك ينفذ ، وهو ابن الحرام وبنت الحرام ، سواء أكان عن يقين أم عن شك . ومولود العقد الفاسد . ومجهول الأب أو الأبوين . والعمونى والمؤابى ذكوراً وإناثاً ، والموجوه ، والمجبوب والمولود بخصية واحدة . والخنثى بنوعيه . والعنين . والأدومى والمصرى أول وثانى جيل ذكوراً وإناثاً . والسامرة ، فانهم كالأجانب ما لم يتهودوا . والمطلقة يرجع إليها زوجها بعد عقد غيره عليها وزواج المتعة . والزانية . كل هؤلاء يحرم الدخول بهن أو منهم ، ولو أن العقد ينفذ شرعا ويحتاج إلى الطلاق . . » أنظر تفصيلا فى هذه الحالات ص ٩٧ وما بعدها .

أما بالنسبة للشكل الدينى ، فيبـدو أنهم لا يرتبون البطلان كجزاء عـلى تخلف أى إجراء منها ، وإنما البطلان يكون فقط فى حالة تخلف إجـــــراء من الاجراءات الجوهرية [(١)] .

هذا وقد تمشت الشريعة اليهودية مع منطقهـا فى هذا الصـدد من حيث إحلال الطلاق محل البطلان فى حالات كان الجزاء الواجب فيهـا هو البطلان وما يترتب عليه من نتائج ؛ وخاصة بالنسبة لحمـاية الأولاد . من ذلك ما نص عليه لدى القرائين من أنه إذا لم تتخـذ العلانية الشرعية وضرب الرجل عنها صفحاً ودخل بمخطوبته بدون استيفاء هذه العلانية ، « عد معيباً شرعاً ، ولو أن وصمته لا تلحق ذريتـه » . وكذلك ما جاء عنـدهم من أن الرجوع إلى المرأة بعد عقـد الغير عليها معصية ، وتعاب الذرية ، ولو أنهـا شرعية تنسب وتقبل [(٢)] .

ومن ذلك ما نص عليـه بالنسبة للربانيين من أن المطلقة لعـلة الزنا إذا تزوجت من زنى بها وولدت منه فلا يعد المولود ابن زنا ، ولو أن عقد زواجها فاسد شرعاً [(٣)] . . .

---

(١) انظر جميل الشرقاوى (٥٩ / ١٩٦٠) ص ٢٤٦ رقم ٤ ، وكذلك ص ٢٤٧ رقم ١ .

(٢) أنظر شعار الخضر ص ١٠٨ و ١٠٤ على الترتيب .

(٣) أنظر المادة ٣١٦ من ابن شمعون .

ويراعى أن شريعة الربانيين تعمل على حماية الأولاد غير الشرعيين ، إذ « لا فرق فى الحقوق والواجبات بين المولود عن غيرعقد شرعى ، لا ُبوين من الملة والمولود عن عقد شرعى» (م ٣٠٤) ، كما أن « مولود المحرمة شرعا أو مولود الزنا هو كغيره فى الحقوق والواجبات » (م ٣٠٥) ، مع مراعاة أنه بالنسبة لمن يعتبر وارثا تطبق أحكام الشريعة الاسلامية .

وهذا ما يدعو إلى القول بعدم الحاجة إلى إعمال أحكام الزواج الظنى التى تأخذ بهـا الشريعة المسيحية (انظر احمد سلامة ، ط ٢ رقم ٣٠٦ ص ٦٧٣ ـ ٦٧٤)

١٣٦ مكرر (ا) ــ حالات البطلان : إذا كانت الشريعة اليهودية لم تهتم بالبطلان ولم تنظمه كما فعلت القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية ، فان ذلك يرجع إلى أن الشريعة اليهودية تلجأ إلى إنهاء الزواج، حتى فى كثير من الحالات التى لا تتوافر فيها شروط انعقاده ، عن طريق الطلاق . ومع ذلك فان الزواج يكون باطلا ، إذا تخلف شرط من شروطه ، وذلك فيما لم ينص فيه على جزاء آخر لعدم استجماع تلك الشروط أو تخلف بعضها ، عن طريق الطلاق أو الفسخ كما بينا فى البند السابق .

ولما كانت شروط الزواج عندهم بصفة عامة ، هى الرضا وعدم وجود مانع من الموانع ، والمهر ، ثم الشكل الدينى ، فاننا نعرض لحكم تخلف كل منها والحالات التى يقضى فيها بالبطلان .

أما بالنسبة للرضا ، فانه يجب أن يوجد سليما ، كما قدمنا ، فاذا انعدم الرضا إطلاقا كان الزواج باطلا ، وكذلك الحكم لو صدر الرضا من شخص لا يعتد برضاه شرعا ، كما لو كان مجنونا جنونا مطبقا [1] ، أو صغيرا [2] ، أو

= أما عند القرائين فانهم لا يسوون بين الابن الشرعى وابن الحرام (انظر شمار الخضر ص ٩٧ — ٩٨) وانظر كذلك أحمد سلامة ، الموضع السابق ص ٦٧٤ — ٦٧٥).

(١) نصت المادة ٤٧ من ابن شمعون على أن « الجنون المطبق فى أحد الاثنين مانع من الزواج وإلا كان باطلا » . وهذا هو الحكم كذلك لدى القرائين إذ لا يمكن أن يصدر عن المجنون فى هذه الحالة رضا بالزواج ، والرضا جوهرى لقيامه ، كما سنرى فى الهامش التالى .

(٢) وتنص المادة ٥٩ من ابن شمعون على أن « التقديس من الصغير غير معتبر شرعا ».

ومع ذلك فان ابن شمعون قد تعرض لزواج الصغيرة اليتيمة التى زوجتها أمها أو أحد إخوتها ، وجعل لها **فسخ** العقد (م ٢٧) . وقد بينت المواد التالية كيف يقع الفسخ من الصغيرة ، وصحته ، والحالات التى لا يصح فيها ، وآثاره (انظر المواد من ٢٨ إلى ٣٢) . كما أجازت المادة ٣٣ للقاصر أن يفسخ الزواج كذلك وليس له أن يطلق ما لم يبلغ رشده ويختلى =

مكرها [١] ، أو وقع فى غلط فى الشخص على ما قدمنا [٢] .

وبالنسبة للموانع ، فان وجود أى منها لا يؤدى دائما إلى البطلان ، كما قدمنا . ومع ذلك فان من بين الموانع ما يؤدى إلى البطلان . ويتفق الربانيون والقراءون بشأن طائفة من هذه الموانع ، ويجعلون الجزاء هو البطلان ، وهذه الموانع هى :

= بزوجته ، وقد سبق لنا الاشارة إلى ذلك. وعندهم أن الصغيرة إذا كانت أقل من ست سنين لا تحتاج إلى الطلاق ولو كانت مميزة ، أى أن زواجها باطل . وإذا كانت أكثر من عشر سنين اعتد بابائها واحتاجت إلى الطلاق ، ولو لم تكن تميز (انظر ص ٧٢ شعار الخضر).

والرضا ضرورى كذلك لدى **القرائين** : إذ « مهما عقد بالمهر والوثيقة لا بد منه أيضا ، وإلا **فلا عقد ولا زوجية** » . ولهذا نصوا على أنه « لو **أرغمها** ودخل بها » فان الرضا لا يتوافر . وذلك استنادا إلى ما أورد بشأن المغتصبة من قوله « وتكون له امرأة إن قبلت» وقال العلماء ، « كما ان المرأة تعقد برضاها ، فكذلك الرجل يعقد برضاه ، لا أنه عاقد مرغم دونها (المغتصبة) (انظر شعار الخضر ص ٧٠ ويختلف القراءون عن الربانين فى شأن زواج المغتصب بمن اغتصبها ، إذ يرى هؤلاء الأخيرين أن المغتصب عاقد مرغم .

وعندهم لا يعتد بقبول الصغيرة اليتيمة . « فاذا استقلت فى العقد أو عقده لها أقاربها **فلغو** كأن لم يكن » ومع ذلك فمن المتبع الآن - كما جاء فى الشعار - أن يعقد لها أقاربها ، إخوتها أو أمها ، ولو أن العقد يكون معرضا للبطلان لانتفاء ولايتهم عليها شرعا ، ولأنه قد لا تجيز عند البلوغ (أنظر ص ٧٢ من شعار الخضر) ، مما يعنى أن البطلان فى هذه الأخيرة **بطلان نسبى** طالما أن لها إجازة العقد « فاذا أجازته وهى بالغ فلا حاجة إلى عقد جديد فهى معقود عليها من قبل » بل إن للأب إبطال عقد البنت البالغة إذا تم بدون رضاه ، ويلزم الزوج بالطلاق (أنظر ص ٧٣ شعار . وهذه الحالة الاخيرة بالنسبة للبالغة متى كان أبوها موجوداً فقط)

(١) انظر ما سبق ص ٥٨٨ ، وكذلك جميل الشرفاوى ، السابق ٥٩/١٩٦٠ ص٢٦٣ رقم ٦ و ٢٦٥ رقم ٥ .

(٢) انظر ما سبق ص ٥٨٦ وهامش رقم ٣ .

١) امرأة الرجل ؛ فارتباط المرأة بزوجية قائمة يجعل زواجها من شخص آخر باطلا [1] .

٢) والمعتدة إذ لا يجوز العقد عليها قبل انقضاء عدتها [2] .

٣) اختلاف الدين والمذهب [3] .

٤) الزواج مع وجود قرابة محرمة ، وذلك فى الحالات التى لا يكون الجزاء فيها هو الطلاق ، كما قدمنا [4] .

أما بالنسبة لمانع العجز الجنسى ؛ فان حكمه يختلف لدى كل من القرائين والربانيين . وقد سبق أن بينا أن القرائين يجعلون الجزاء فى هذه الحالة هو الطلاق . أما عند الربانيين فيبدو أنهم يجعلون الجزاء هو البطلان ، لأنهم لم ينصوا على الطلاق ؛ وذلك على الأقل فى بعض الصور التى نص عليها فى المادة ٤٥ من ابن شمعون ؛ وهى صور يتحقق معها العجز الجنسى لا محالة [5] .

---

(١) أنظر المادة ٣٥ من ابن شمعون وكذلك المادتين ٣٠٦ و ٣٠٧ . ويجعل القراءون العقد فى هذه الحالة باطلا « فهو لغو كأنه لم يكن إن حصل » (ص ٨٤ شعار) . بل إنهم يعطون هذا الحكم لمن كانت مخطوبة (ص ٨١) . ولا يحتاج العقد فى هاتين الحالتين عندهم إلى طلاق (ص ٨١) ؛ أنظر ما سبق بند رقم ١٢٦ مكرر (٧) ص ٥٩١ وما بعدها .

(٢) انظر المادة ٤٩ والمواد ٣٧٦ من ابن شمعون , وهو ما يأخذ به القراءون كذلك ؛ والعدة عندهم ثلاثة أشهر أيضا . ويفهم هذا مما ورد فى شعار الخضر ص ١٠٤

(٣) تنص المادة ١٧ من ابن شمعون على أنه لا يجوز العقد فى هذه الحالة وإلا كان باطلا (انظر كذلك المادة ١٨ و ١٩) . ويعالج القراءون ذلك فى كلامهم عن الزواج بالاجنبية (وهى غير اليهودية) . وعندهم أن العقد عليها لا ينفذ وكذلك العقد على الجارية (أنظر شعار الخضر ص ٨٩ ـ ٩٠) . وإن كان يراعى فى هذا الصدد أن الشريعة الواجبة التطبيق فى حالة اختلاف الديانة والمذهب هى الشريعة الاسلامية .

(٤) انظر ماسبق لنا بيانه بالبند السابق .

(٥) وتنص المادة ٤٥ من ابن شمعون على أنه « **يحرم** التزوج بمن كان مرضوض الخصيتين أو مخصيهما كلتيهما أو إحداهما أو مجبوب الاحليل » (وانظر كذلك : جميل الشرقاوى السابق ٥٩/١٩٦٠ ص ٢٦٣ رقم ٤ وتأييده لهذه التفرقة بين القرائين والربانين . وكذلك =

وبالنسبة **للمهر** : يترتب على تخلفه بطلان الزواج أيضاً ؛ بل إنه يلزم أن تتوافر بالنسبة له الشروط التى تقضى بها الشريعة اليهودية فى هذا الصدد [(١)] .

وبالنسبة **للشكل** : يعتبر الشكل الدينى ركنا أساسياً فى الزواج لدى الشريعة اليهودية ، لا ينعقد بدونه ، مع مراعاة أن هناك من الاجراءات ما لا يعد جوهريا ، وبالتالى لا يترتب البطلان على تخلف اتخاذها كما قدمنا [(٢)] .

= احمد سلامة ، السابق ط ٢ رقم ٣٠٥ ص ٦٧٣) . وتحريم الزواج فى هذه الحالة يؤدى إلى البطلان ، وذلك خلافا لحالة العنة والعقم لدى الرجل إذ يجوز للمرأة فى هذه الحالة طلب الطلاق إذا كانت فى حاجة إلى غلام (انظر المادة ٢١٠ و ٢١١ من ابن شمعون . ويفهم من هذا أن الزواج ليس محرما خلافا لنص المادة ٤٥ ، مما يستتبع اختلاف الجزاء .

(١) ولا شك فى لزوم المهر باعتباره أحد أركان الزواج لدى القرائين ، وهو ما يلزم كذلك لدى الربانيين ، ولو أنه لا يبدو أنهم يعتبرونه ركنا ، ولكن يلزم عندهم تقديس المرأة ولو بخاتم أو بشىء آخر . والركن عندهم هو ذلك الشىء الذى يعطى على أساس أن الأخذ يكون بالعوض كما ورد فى الكتاب . انظر « القراءون والربانون » لمراد فرج ، السابق ص ١٦٧ وانظر كذلك المادة ٥٦ من ابن شمعون . والواقع أن الزوج لدى الربنيين ملزم بدفع المهر طبقا لما تقضى به المادة ٩٨ من ابن شمعون . وهو بذلك شرط لصحة انعقاد الزواج عندهم كما تقول محكمة النقض (فى ٢٧-٦-١٩٥٧ طعن رقم ٣ س ٢٦ ق مجموعة أحكام النقض س ٨ عدد ٢ رقم ٧٤ ص ٦٥٣) .

وإذا كان المهر شرطا لانعقاد الزواج على هذا النحو ، فانه يختلف بذلك عن الدوطة أو البائنة ، إذ لا تعتبر ركنا من أركان الزواج ولا شرطا لانعقاده ، وللزوجة أن تسترد أموال الدوطة بعد انقضاء الرابطة الزوجية (انظر استئناف القاهرة فى ٣٦ / ١٠ / ١٩٥٥ ، وكذلك فى ١٢/٢٨/١٩٥٥ رقم ٣٦٩ س ٧٢ ق أوردهما خفاجى ورابح السابق ص ٣٥ - ٣٦ .

(٢) انظر أركان العقد بالنسبة للربانين مادة ٥٦ وما بعدها وخاصة المادة ٦١ و ٦٦ . وانظر بالنسبة للقرائين شعار الخضر ص ٧٥ — ٧٦ . وقد جاء فى هذا المرجع (ص ٦٥ بالهامش) أن السبع بركات ولو أنها ليست من أركان الزواج إلا أنه مقصود بها العلانية ، ومن يدخل بامرأته قبل ذلك يعد معيبا « بغوم » . كما جاء به أيضا (ص ١٠٨) أنه إذا «ضرب الرجل صفحا عن هذه العلانية ودخل بخطوبته بدون استيفائها أولا ، عد معيبا شرعا ، ولو أن وصمته لا تلحق ذريته ... » . « فالتبريك بغير هذه العلانية لا عبرة به ، وإلا وجب استئنافه استيفاء للعلانية ، ضرورة كونها هى المقصودة أصلا » .

الفصل الثالث

آثار الزواج

المبحث الأول

فى الشريعة المسيحيـــــة

١٣٧ - تمهيد - تقسيم البحث : متى استوفى الزواج جميع الشروط اللازمة لقيامه صحيحا ، فانه يقوم وتنشأ عنه علاقة ذات طابع خاص ، هذه العلاقة تتميز عن العلاقات الأخرى التى تنشأ بالنسبة للعقود العادية بين الأفراد، ففى الزواج يكفى - كما قدمنا - أن يتم انعقاد العقد ، حتى يتكفل القانون من تلقاء نفسه ، بتحديد الآثار التى تترتب عليه . وليس لإرادة الافراد - كقاعدة عامة - أية سلطة فى تحديد تلك الآثار وتنظيمها ، مما حدا إلى القول بأن الزواج نظام قانونى، وأنه يختلف عن العقود العادية . وإلى جانب ذلك فان العلاقة التى تقوم بين الزوجين فى الشريعة المسيحية تتسم بمبدأين أساسيين يحكمان الزواج المسيحى ، وهما وحدة الزواج ، وعدم قابلية هذا الزواج للانحلال ، كقاعدة عامة[1] .

---

(١) فالزوجان يرتبطان فى ظل الشريعة المسيحية برباط وثيق يجعلها جسداً واحداً كما جاء فى الانجيل (انجيل متى : الاصحاح ١٩ أنظر الآيات ٤ - ٦) كما أن الزوج لا يستطيع أن أن يتزوج بأخرى طالما بقيت زوجته ، والزوجة هى الأخرى لاتستطيع التزوج بآخر طالما بقى زوجها . (انظر رسالة بولس إلى أهل رومية : الاصحاح السابع . الآيات(١)وبعدها) . هذاما لم تنفصم عرى الرابطة بينهما لسبب من الأسباب التى تقرها بعض الطوائف المسيحية.

وعلاوة على ما للرابطة الزوجية من طابع خاص على النحو السابق ، فانه يترتب عليها آثار متعددة . منها ما يترتب فيما بين الزوجين ومنها ما يترتب بالنسبة للأولاد ، كما أن من الآثار ما يترتب حال قيام الزوجية ومنهاما يترتب بعد انقضائها بالوفاة أو بالتطليق[1]. ولن نتعرض هنا للآثار التى تترتب بعد انقضاء الرابطة الزوجية ، ولكننا سنرجىء الكلام عنها إلى ما بعد، عقب كلامنا عن هذا الانقضاء . وسنكتفى هنا بالتعرض فقط لتلك التى تنشأ حال قيام الزوجية ، سواء فيما بين الزوجين ، أم بالنسبة للأولاد ، وبصفة خاصة ما تعلق بثبوت النسب وآثاره .

الفرع الاول

الآثار فيما بين الزوجين

١٣٨ — تمهيد : تترتب على قيام الزواج الصحيح آثار فيما بين الزوجين . هذه الآثار تتعلق بحقوق كل منهما وواجباته نحو الآخر . كما تتعلق بتنظيم العلاقات المالية بينهما ، وبصفة خاصة بالنسبة للمهر والدوطة وأموال كل من الزوجين . ولهذا فاننا نتكلم فى هذا المبحث أولا عن الآثار المالية وتنظيمها بين الزوجين . ثم نتكلم بعد ذلك عن حقوق الزوجين وواجباتهما ، فنعرض للحقوق المشتركة بينهما ، ثم نعرض بعد ذلك لحقوق الزوجة على زوجها ، وحقوق الزوج على زوجته .

---

(١) أما بالنسبة للآثار المترتبة على الزواج الباطل ، فقد عرضنا لها فيما سبق ، انظر ما سبق ، فقرة ١٣٤ وما بعدها .

أولا : الآثار المالية

١٣٩ ـ تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين : لا يترتب على الزواج فى الشريعة المسيحية اختلاط الحقوق المالية للزوجين ، ولكن تظل أموال كل منهما مملوكة له . وتنظيم العلاقات المالية بينهما يقتضى أن نتكلم عن استقلال الحقوق المالية لكل منهما ، ومداه ، ثم نتكلم كذلك عن تنظيم العلاقات فيما بينهما بالنسبة للمهر والبائنة (الدوطة) .

١ ـ استقلال الحقوق المالية للزوجين : الأصل ـ كما قدمنا ـ هو استقلال كل من الزوجين بحقوقه المالية . فلا يترتب على الزواج اختلاط أموال الزوجين [١] . وهذا يقتضى أن تكون للزوجة — حتى بعد الزواج — حريتها الكاملة فى التصرف فى أموالها كيفما شاءت ، ولا حق للزوج فى مالها إلا بإذن منها ، إذ لا يترتب على الزواج نقص فى أهلية المرأة . فلها كامل الأهلية بالنسبة لكافة تصرفاتها فى أموالها . ولا يؤثر فى ذلك أن تكون رئاسة الأسرة للرجل. هذا هو الأصل ، ما لم يتفق على خلافه بين الطرفين ، وفى هذه الحالة يكون الاتفاق بينهما هو مصدر الحقوق التى يمنحها أحدهما للآخر على ماله [٢] .

---

(١) انظر المادة ٤٦و٤٨ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للاقباط الأرثوذكس وكذلك المادة ٢٩ **أرمن** وهى تقضى بأنه « لا يترتب على الزواج اتحاد أموال الزوجين . ويظل كل منهما مالكا لأمواله الخاصة » .

(٢) وفى هذا المعنى جاءت الخلاصة القانونية (المسألة ٢٢) تقضى بأنه « مع كونهما يصيران بالزواج كأنهما شخص واحد ، فأموال كل منهما مخصوصة بشخصه دون الآخر ، إذ الاختلاط الزوجى لا يوجب اختلاط الحقوق (لاحظ مسألة ٢٣) . » . وتضيف الفقرة الثانية من المسألة ٢٢ : « أما إن أحب الفريقان إحداث شركة مفيدة من مالهما ، فلتجر عنها المعاهدة والمشارطة اللازمة ، إما بواسطة ولى الزوجة إن كان لها ولى ، أو بواسطة أرشد أقاربها ، وإلا فعلى يد الرئيس الشرعى ، وبمقتضاه تعتمد المعاملة والحكم» . =

ومع ذلك فانه لما لما كان الرجل هو رب الأسرة ، ورأس المرأة — كما قيل — فانه يجمل بها الاستنارة برأيه دائما فى التصرف فى أموالها [1] .

٢ ـ **المهر** : لا يعتبر المهر فى الشريعة المسيحية ركنا من أركان الزواج ولا شرطا من شروطه [2] . ولكن قد يسمى للزوجة مهر عند الخطبة ، وبذلك يصير حقا لها ، طبقا لما يقضى به الاتفاق بين الطرفين وما تقضى به القواعدالخاصة فى شأنه . وقد عنيت القواعد الخاصة ببعض الطوائف الارثوذكسية بتنظيم أحكامه [3] . من ذلك ما جاءت به القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس

= وجاء فى قوانين ابن القلق (ملحق ابن العسال ص ٢٣) أنه إذا أرهن الرجل شيئاً لزوجته من غير رأيها لا يصح الرهن ، فان علمت وأمسكت صح الرهن (وفى هذا المعنى ابن العسال ص ٢٠٧ — ٢٠٨) . وانظر كذلك المادة ٣٦ و ٣٧ من مجموعة **السريان** الارثوذكس . وكذلك المادة ١٤٤ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لفيليب جلاد .

(١) وتقضى المادة ٢٣ من القواعد الخاصة بالاقباط الكاثوليك بأن « للزوجة حق التصرف المطلق فى أموالها الخاصة ، مع عدم الاخلال بما لزوجها من حسن الرقابة الأدبية على تصرفاتها ومعاملاتها محافظة على كيان الأسرة » . ويبدو أن رقابة الزوج فى هذه الحالة لا تعدو أن تكون من الناحية الادبية فقط . وهذا ما يفهم كذلك من الخلاصة القانونية للاقباط الارثوذكس (أنظر المسألة ٢٣) . وانظر كذلك المادة ٣٤ و ٣٥ من مجموعة **السريان** ويتبين منها أنه ليس للمرأة أن تتصرف فى المهر والجهاز والهدايا التى تستلمها أو تعطيها لمن تريد دون إذن زوجها ، وإن كان يسمح لها بذلك متى عملت وصيتها . ومع ذلك فانه ليس للرجل أن يتولى جهازها أو مهرها أو شيئا آخر مما يخصها بدون رضاها .

(٢) وهذا بخلاف الشريعة الاسلامية إذ لا يجوز الزواج بلا مهر ، فاذا تزوج رجل بامرأة ولم يسم لها مهراً أو تزوجها على ألا مهر لها ، فانه يجب لها مهر المثل . ويقول ابن العسال (السابق ص ١٩٨) إنه « يجوز التزويج بلا جهاز ولا مهر » .

(٣) أما الكاثوليك ، فلم يرد عندهم تنظيم مماثل . وهذا لا يعنى أنه لا يصح الاتفاق بين الزوجين الكاثوليكيين على المهر . بل إنه يصح فى حدود اتفاقهما بشأنه . فاذا اتفقا عمل بأحكام الاتفاق بينهما فى شأنه ، ويلزم به الزوج للزوجة طبقا لما يقضى به القانون والعرف فى هذا الصدد .

=

إذ نصت على أن المهر ليس من أركان الزواج ، وكما يجوز الزواج بمهر ، يجوز أن يكون بغير مهر . ولـكن إذا سمى للزوجة مهر عند الخطبة ، فان هذا المهر يستحق بمجرد الاكليل فى الزواج الصحيح[1] . فإذا تم الزواج صحيحا استحق المهر للزوجة على النحو الذى يتفق عليه بين الطرفين ، لأن المهر يستحق بعد العقد الصحيح بمقتضى الاتفاق عليه بينهما . وقد يدفع بعضه مقدما[2] ، كما قد يدفع كله ، ويتبع فى ذلك العرف الجارى بين الافراد فى الجهات المختلفة[3] .

وأيا كان الأمر ، فان المهر يصبح ملكا للزوجة بالاتفاق عليه وبمجرد العقد الصحيح . وتبعا لذلك يكون لها أن تقبضه بنفسها أو بواسطة وكيل عنها ؛

= أما بالنسبة للانجيليين فان قواعدهم لم تنظم المهر تنظيما مباشرا ، ولهذا يمكن القول كذلك باعمال أحكام الاتفاق بين الطرفين على النحو السابق . ومع ذلك فان من النصوص الخاصة بهم ما أشار إلى المهر . من ذلك مثلا ما نصت عليه المادة ٣ من قواعدهم من أنه يخصم من التعويضات التى يحكم بها على أحد الخطيبين لعدوله عن الخطبة ، ما يكون قد دفع نقدا (وقد أشرنا إلى ذلك من قبـل عند كلامنا عن الخطبة) . وما نصت عليه المـادة ٥ من أن للخطيب أن يسترجع ما أعطاه للآخر المتوفى من مهر ... وانظر أيضا المادة ١٦ .

(١) المادتان ٦٩ و ٧٠ والمـادتان ٧٤ و ٧٥ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ وتقضى الخلاصة القانونية (مسألة ٢) بأن على الكاهن أن يفحص « عن قيمة المهر وشروط وفائه من جهة الخطيب لجهة خطيبته » . فاذا لم يتم العقـــد صحيحا طبقت الاحكام التى سبق لنا الاشـــارة إليها عنـــد الكلام عن آثار البطـلان ، فقرة رقم١٣٤

(٢) وهو مايسميه الفقـه « الاربون » . « والاربون هو جميع مادفع من أصل المهر خاصة » (المسألة ٧ من الخلاصة) . (وانظر أيضا ابن العسال ص ٢٠٠ — ٢٠١) .

(٣) وتشير الخلاصة القانونية إلى ذلك بقولها « يعتمـد الاجراء فى المهر طبق الشروط المتفق عليها ... سواء كان بكتابة وشهادة أو بشهادة فقط ، حسب الـكيفية التى صارت حال الاتفاق . ويعامل الفـــريقان بمقتضى ذلك الاتفاق ، ولا ينتقض بشىء إلا ما ارتضى به الفريقان .. » . هذا وتنص المـادة ٣٣ من مجموعة **السريان** على أنه « إذا كتب الرجل لامرأته مهرا ولم يدفعه لها لا تلزمه الشريعة بتأديته إلا عند الموت أو لدى الفصل الشرعى » .

وإذا ما كانت قاصراً كان ذلك لوليها أو لوصيها . كما أنه يكون لها كذلك أن تتصرف فيه بكافة التصرفات كيف شاءت متى كانت رشيدة . وإذا ماتت قبل أن تستوفى جميع مهرها ، كان لورثتها مطالبة زوجها أو ورثته بما يكون باقيا فى ذمته من المهر ، بعد إسقاط نصيب الزوج الآيل له من إرثها(١) .

٣ ـ **البائنة (الدوطة : La dot)** : لم تنظم الطوائف المسيحية جميعها الأحكام الخاصة بالدوطة ولكن البعض منها قد تكلم عنها بايجاز ، وبعضها قد عرض لها بشىء من التفصيل مثل الروم الأرثوذكس . وقد اتخذنا قواعدهم أساساً لدراستنا فى هذا المجال . مع الاشارة إلى الطوائف الأخرى ، متى وجد تنظيم خاص بها : والدوطة أو البائنة كما تعرفها هذه القواعد هى الأموال التى تعطيها المرأة أو شخص آخر من أجلها ، للزوج ، بمناسبة الزواج، لتخفيف أعباء الحياة الزوجية عليه . وقد تكون هذه الأموال عقارات أو منقولات ، كما قد يكون محلها أموالا حاضرة أو مستقبلة ، متى كانت معينة ومحددة(٢) .

ويتم إنشاؤها بعقد يبرم مع الزوج أو بتصرف مضاف إلى ما بعد الموت، فى محرر موثق(٣) . وإذا ما كانت الدوطة عن طريق تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، فلابد أن يكون رضاء الزوج فى محرر موثق خلال مدة معقولة

---

(١) المادتان ٧١ و ٧٢ وكذلك ٧٦و٧٧ من مجموعة ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس .

(٢) ويصح أن يكون محلها أى مال من الاموال التى يجوز التعامل فيها كما يتضح ذلك من مجموعة **السريان** (مادة ٣٠) . وهذه المجموعة لا تفرق بينها وبين الجهاز ، ففى المادة ٢٨ تتكلم عن الجهاز وتضيف أنه يقال له أيضا البائنة والدوطة ، وهو ما تأتى به المرأة من بيت زوجها بكتابة .

(٣) وتنص المادة ٧٦ من **الأرمن** الارثوذكس على أن « تقرير الدوطة يثبت فى =

تحددها الزوجة . والقبول فى هذه الحالة ينشىء الدوطة . وإذا لم يحصل قبول فان الأموال تؤول إلى الزوجة [١] .

وإذا ما تم إنشاء الدوطة فان الأمر يثار بالنسبة لحقوق الزوج على أموالها . والواقع أن المسألة تخضع فى الأصل لاتفاق الطرفين . فاذا تعلق الامر بمنقول. فانه الزوج يكتسب ملكيته أيا كان منشىء الدوطة ـ الزوجة أو شخص آخر غيرها ـ . وإذا تعلق بعقار ، كانت له الادارة والانتفاع فقط ، أيا كان منشىء الدوطة كذلك . وكل هـذا ما لم يتفق على خلافه فى التصرف ذاته . وإذا ما انتقلت ملكية الأموال إلى الزوج ، فان محل الدوطة يكون عبارة عن قيمتها النقدية المتفق عليها فى العقد ، وإلا فانه ينظر إلى القيمة الحقيقية لها وقت إنشائها أما إذا لم تنتقل إليه الملكية ، فيكون له ـ أثناء قيام الحياة الزوجية ـ الارادة والانتفاع ، مع بقاء ملكية الرقبة للزوجة ، أيا كانت الدوطة أو منشئوها. وفى هذه الحالة تخضع حقوق الزوج والتزاماته للقواعد الخاصة بالانتفاع ، إلا إذا اتفق على خلافه [٢] . وإلى جانب ذلك ، فللزوج ، باعتباره مديراً للأموال ، حق مباشرة الدعاوى المتعلقة بالدوطة خلال قيام الزواج .

= سجل الزواج بالبطريركية قبل الاحتفال بالزواج أو بعده . وعلاوة على ذلك يسجل العقد الرسمى المقرر للدوطة فى قلم الرهون المختص إذا كان محلها عقارا » .

(١) ويسأل من أنشأ الدوطة ، طبقا لقواعد البيع ، عن العيوب المادية أو القانونية التى تلحق محل الدوطة ، كما يسأل كذلك عن الثمار والفوائد من يوم الزواج إذا أنشئت قبله ، ومن يوم إنشائها إذا ما أنشئت بعده ، وهـذا مالم يتفق على خلافه . وإذا ما سلمت أموال الدوطة قبل الزواج فان ثمـارها تضاف إليها ، إلى حين إتمـام الزواج ، مالم يتفق على غير ذلك .

(٢) وتنص المادة ٨٠ من مجموعة الارثوذكس على أن « الدوطـة » ملك للزوجة ، وللزوج حق الادارة ... »

التصرف فى أموال الدوطة . إذا تعلق الأمر بمنقــول فانه يجوز للزوج التصرف فيه برضا الزوجة دون أية إجراءات أخرى [١] . وتصير القيمة النقدية للأموال المتصرف فيها محلا للدوطة من وقت التصرف . أما إذا كان المراد التصرف فيه عقاراً ، فانه لا بد من تصريح المحكمة بعد رضا الزوجة فى محرر موثق أو تصريحها بذلك أمام المحكمة نفسها [٢]

مسئولية الزوج : ويلزم الزوج فى إدارة أموال الدوطة ، ببذل العناية التى يبذلها بالنسبة لشئونه الخاصـــة . وللزوجة أن تطلب إليه ضمانات إذا خشيت لأسباب معقولة أن تؤدى طريقته فى الادارة إلى جعل أموال الدوطة فى خطر [٣] .

ولما كانت الدوطة تعطى بمناسبة الزواج ، فانها تظل طالما بقيت الزوجية قائمة فاذا انقضت تعين ردها إلى الزوجة أو إلى ورثتها ، ولا يعود للزوج أية

---

(١) وهذا الحكم خاص بالروم الأرثوذكس . أما عن **الأرمن** فقد نص فى المادة ٨٠ على أنه « وليس للزوج أن يتصرف فى العقار موضوع الدوطة أو يرهنه بغير رضا الزوجة إنما للزوج أن يتصرف فى المبالغ المسلمة إليه بصفة دوطه ، بشرط أن يقدم عنها حسابا للزوجة » .

(٢) وتصرح المحكمة بالتصرف إذا كانت هناك ضرورة لا يمكن تفاديها أو كانت هناك منفعة ظاهرة . وللمحكمة أن تقيــد تصريحها بضمانات من أى نوع ، ومن بينها عــدم جواز الحجز على الثمن . كما أن لها علاوة على ذلك ألا تصرح إلا بعد أن تسمع أقرب أقرباء الزوجة إذا كان ذلك مستطاعا . وفى هذه الحالة أيضا تصير الأموال التى حصل عليها محلا للدوطة .

وفى جميع الحالات التى تنزع فيها ملكية العقارات الخــاصة بالدوطة فان الثمن يصير مالا للدوطة بعد قرار المحكمة بمنحها للزوج ، على أن تضع قيوداً وضمانات على النحو السابق فى حالة بيع العقار ..

هذا وتقضى المــادة ٣٤ من مجموعة **السريان** بأنه لا يحل للمرأة أن تتصرف فى أموال الدوطة (الجهاز) أو تعطيها لمن تريد بدون إذن زوجهـــا . ولـكن يسمح لها بذلك متى عملت وصيتها سواء رضى أم لم يرض.

(٣) وإذا كان الزوج طبقا لمــا تقضى به المــادة ٣٦ **سريان** ، ملزماً بحفظ الاموال وتشغيلها فى حالة الدوطة ، فانه يلزم بغرامة ما يتلف منها.

حقوق على أموالها من حيث إدارتها واستغلالها [١] ؛ ومع ذلك يحق للزوجة أن تطلب إلى القضاء انفصال أموال الدوطة قبل انحلال الرابطة الزوجية فى حالات معينة ، كما إذا أساء الزوج إدارة هذه الأموال ، أو إذا كان يخشى عليها نظرا لنقص أموال الزوج ... أو إذا صدر حكم بافلاس الزوج متى صار هذا الحكم حائزاً لقوة الشيء المحكوم فيه [٢] . وإذا ما تقرر فصل أموال الدوطة تعين على الزوج ردها وأصبح للزوجة إدارتها ، واستغلالها ، بل ولها أيضاً أن تتصرف فيها ، على أن تنفق من دخل أموال الدوطة على أعباء الحياة الزوجية .

هذه فكرة موجزة عن الأحكام المتعلقة بالدوطة استخلصناها من القواعد الخاصة بطائفة الروم الارثوذكس [٣] . ويراعى أن الدوطة ليست ركناً من أركان الزواج ولا شرطا من شروطه ، كما أنها ليست أثراً مترتباً عليه ، ولهذا لايترتب على عدم الوفاء بها فسخ الزواج . ولكنه يقوم صحيحاً مرتباً لآثاره ومنها التزام الزوج بنفقة زوجته [٤] ، وتخضع أموال الدوطة للاتفاق بين الطرفين وللعرف الجارى بين أبناء الطائفة التى ينسب إليها الزوجان، وذلك فيما لا مجافاة

---

(١) وتقضى المادة ٨١ من مجموعة الارمن بأنه « عند فتح الزواج يكون للزوجة الحق فى استرداد الدوطة بجملتها . ومع ذلك فللمحكمة أن تمنح الزوج أجلا لردها» .

(٢) وتقضى المادة ٣٨ من مجموعة السريان بأنه مسموح للمرأة فى بعض الأحوال أن تأخذ من زوجها أموال الدوطة (الجهاز) وتسلمها لمن تريد ، وذلك (١) إذا كانت تخاف من أن الرجل سيتلفها . و(٢) إن أرادت أن تدفعها للتجارة بقصد الربح ، لأن زوجها لايستطيع أن يتاجر بها .

(٣) أنظر تفصيل القواعد المتعلقة بالدوطة المواد ١٤٠٦ — ١٤٣٧ من القانون المدنى اليونانى . وانظر التقنين المدنى اليونانى (الأحوال الشخصية) : جورج رويلوس ، تعريب محمد على عرفه وعزيز خانكى ص ١٢٥ ومابعدها .

(٤) فلا يصح تعليق النفقة على تقديم البائنة . وهذا ما أقره القضاء . فقد طبقت محكمة =

فيه للنظام العام . وهذا ما أقرته محكمة النقض [١] .

وإذا كانت الدوطة تعتبر على هـذا النحو من المسائل المتصـلة بالزواج ، فقد ثار الخلاف حول تـكييفها ، وهل هى من مسائل الأحوال الشخصية أم من مسائل الأحوال العينية [٢] .

وقد ذهب القضاء الغالب وأيدته محكمة النقض [٣] إلى أنهـــا من قبيل العقود المدنية ، وأن الاتفاق بشأنها اتفاق مالى ، وتبعا لذلك فانها لا تدخل فى عداد المسائل المقصودة بالأحوال الشخصية .

ولـكننا لا نرى التسليم بذلك فى ظل الوضع الحالى ، وخاصة مع صراحة نص المادة ١٣ من قانون نظام القضاء الذى جعـل الدوطة من مسائل الأحوال

= الاسكندرية الجزئية هذه الفكرة (حكم فى ٢٤ فبراير ١٩٥٨ رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٧ غير منشور) بين زوجين من طائفة الروم الارثوذكس . وقد طبقت المحكمة أحكام شريعتهما « ممثلة فى لائحة محاكم الكرسى البطريركى الاسكندرى التى وافق عليها المجمع المقدس لأبناء هذه الطائفة ، وكانت مجالسها الملية تطبقها فى اضطراد . وليس من بينها ما يعلق طلب النفقة على قيام الزوجة بدفع البائنة . لأنه لاتبادل بين هذين الالتزامين ولا رابطة بينهما مطلقا . ومن ثم فان مايدفع به الزوج من عدم قيام المدعية بسداد البائنة لايعول عليه .. » وانظر عكس هذا حكما آخر من المحكمة ذاتها فى ١٤-١-١٩٥٧ رقم ٩٠ لسنة ١٩٥٦ ويتبين من هذا الحكم أن الزوجة (طالبة النفقـة) لم تـكن قد أوفت لزوجها بكامل بائنتها . وقد اعتبرت المحكمة أن الزوجة قد أخلت بالتزامها قبل الزوج فى دفع البائنه له ، مما أدى إلى النزاع بينهما حول المسائل المالية ولهذا قضت المحكمة باسقاط حق الزوجة فى اقتضاء النفقة من زوجها

(١) حكم فى ٣ ١-٦-١٩٥٢ طعن رقم ١٠٢ سنة ١٩ ق ، مجموعة القواعد التى أقرتها المحكمة فى ٢٥ عاما . جزء أول قاعدة ١٧ س ١١٩

(٢) ولا يثور مثل هذا الخلاف بالنسبة للمهر ، إذ من المسلم به أنه من مسائل الأحوال الشخصية كما قدمنا .

(٣) أنظر الحكم الصادر فى ١٩٤٣/٥/٢٧ طعن رقم ٥ س ١٣ ق ، والحكم الصادر فى ١٩٥٢/٦/١٢ طعن رقم ١٠٢ س ١٩ ق . والحكمان مشار إليهما فى المجموعة السابق الاشارة إليها جزء أول ص ١١٩ قاعدة رقم ١٦ و ١٧ .

الشخصية ؛ ذلك أن هذا النص ينصرف فى الوقت الحاضر إلى المقصود بالأحوال الشخصية بصفة عامة ، سواء تعلق الأمر بالمواطنين أم بالأجانب ؛ مع مراعاة ما سبق لنا بيانه فى هذا الصدد من حصر نطاق المسائل التى تعتبر من الأحوال الشخصية بالنسبة للوطنيين . وتدخل الدوطة فى عداد تلك المسائل . ولهذا فان القضاء الذى يجعل الدوطة من المسائل المالية يعتبر قضاء مخالفاً لصريح المادة ١٣ سالفة الذكر [1] .

ثانيا : الحقوق المشتركة بين الزوجين

١٤٠ ـ تحديد نطاق هذه الحقوق تقسيم : يترتب على الزواج الصحيح آثار مشتركة بين الزوجين . فهو يجعل من أقارب أحد الزوجين أقارب للزوج الآخر ، ولهذا نشأت حرمة المصاهرة فى الدرجات والحدود التى سبق لنا بيانها . كما يترتب عليه كذلك أن يرث كل من الزوجين الآخر إذا مات قبله ، لأن الزواج يربط بينهما برباط وثيق ويجعل منهما جسدا واحداً كما جاء فى الكتاب المقدس. ويترتب على الزواج أيضاً أن يثبت نسب الأولاد الذين تأتى بهم الزوجة ، حال قيامه ، من زوجها .

---

(١) أنظر ما سبق لنا بيانه فى هذا الشأن ، رقم ١٣ ص ٤٤ وما بعدها . وانظر كذلك فى نقد القضاء سالف الذكر ، وفى تأييد اعتبار الدوطة من مسائل الاحوال الشخصية : أحمد سلامة : الاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين وللاجانب — المدخل والقواعد العامة « سنة ١٩٥٨ » فقرة ٢٢ وما بعدها ص ٣٥ وما بعدها ، وحكم محكمة استئناف القاهرة فى ٤ أبريل ١٩٥٦ المشار إليه فى المرجع نفسه ص ٤٢ . ويرى أحمد سلامة « السابق ص ٤١ » أن محكمة النقض بحكمها الصادر فى ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ (طعن رقم ٤٢٣ س ٢١ ق المجموعة السابقة جزء أول قاعدة ٢ ص ١١٧) بدأت تعدل عن قضائها السابق .

وإلى جانب ذلك تقوم بين الزوجين حقوق وواجبات متبادلة منها حسن المعاشرة وما ينطوى تحت ذلك من واجب المعاونة والمساعدة بين الطرفين ، ومنها أيضاً التزام الزوجين بالمعيشة المشتركة وما ينطوى تحته من واجب المساكنة والمخالطة الجسدية . وسنقف قليلا لدى هاتين المسألتين ، فنتكلم أولا عن الالتزام بحسن المعاشرة وما يتصل به من واجب المساعدة ، ثم عن الالتزام بالمعيشة المشتركة وما يتصل به أيضاً من حيث المساكنة والمخالطة .

١٤٠مكرر(١) حسن المعاشرة - المعاونة والمساعدة: لا تصير الحياة الزوجية وطيدة الاركان . ولا يمكن أن تحقق الأغراض المرجوة منها دون أن تتحد النفوس اتحاداً كاملا ، ودون أن يقوم بين الزوجين حب مستمر ، وأن يتعاونا تعاونا متبادلا بالنسبة لجميع حاجاتهما الضرورية فى الحياة اليومية. بل أن الطبيعة نفسها تدفع الرجل والمرأة إلى الحب والتعاون المتبادل .

وقد عنيت الشرائع السماوية جميعاً بالحث على حسن المعاشرة بين الازواج، لأن هذا أساس سعادة الأسرة . ويمكن القول بأن الشرائع المختلفة للطوائف المسيحية تقضى بذلك وتحث عليه . فهو التزام تقضى به طبيعة الأمور ولو لم يكن هناك نص خاص بشأنه لدى طائفة من الطوائف . فعلى كل من الزوجين أن يحسن معاشرة الآخر ويعامله بالحسنى ، ولا يسيء إليه ، ولا يعتدى عليه بالايذاء بقول أو بفعل . وقد جاءت تعاليم المسيحية تحث على ذلك إذ تقول « احتملوا بعضكم أيها العبيد أبناء الله ليحتمل الرجل امرأته ، ولا يكون متعاظما ولا وجاها (ذا وجهين) ولا مرائياً ، بل يكون رحوما ومستقيما ومسرعا أن

يرضى امرأته وحدها ويثبت معها بكرامة ، ويكون محبا لها [١] .

ويقتضى حسن المعاشرة بين الزوجين أن يبذل كل منهما الود لصاحبه . وقد حث الرب الاله النساء على بذل الود لأزواجهن حيث يخاطب المرأة قائلا: « وإلى رجلك يكون اشتياقك ، وهو يسود عليك » [٢] . وهذا الواجب يقع أيضاً على عاتق الزوج نحو زوجته. جاء فى رسالة الرسول بولس إلى أهل أفسس: « أيها الرجال أحبوا نساءكم كما أحب المسيح أيضاً الكنيسة وأسلم نفسه من أجلها ... يجب على الرجال أن يحبوا نساءهم كأجسادهم . من يحب امرأته يحب نفسه ... من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسدا واحدا . هذا السر عظيم ، ولكننى أقول من نحو المسيح والكنيسة وأما أنتم الأفراد ، فليحب كل واحد امرأته هكذا كنفسه ، وأما المرأة فلتهب رجلها . » [٣]

فحسن المعاشرة واجب متبادل بين الزوجين يتفق وما تدعو إليه المسيحية على لسان بطرس الرسول إذ يقول « والنهاية كونوا جميعا متحدى الرأى ، بحس واحد ذوى محبة أخوية ، مشفقين لطفاء غير مجازين عن شر بشر أو عن شتيمة

---

(١) الدسقولية (تعاليم الرسل) الطبعة الثانية ١٩٤٠ ، ص ١٣ . وجاء فى المادة ١٤٥ من القواعد التى جمعها فيليب جلاد للكاثوليك أنه « لما كانت الامرأة شريكة الزوج وقرينته لا خادمته ولا أمته ، فعليه أن يؤدبها متى أذنبت إلا إن رأى ذلك مفيداً لاصلاحها ولدفع العثار . غير أن هذا التأديب يجب أن يكون صادراً عن محبته ورغبته فى البر ، وعن وفور عنايته باتقان سياسة أهل البيت ، وأن يكون التأديب أخف كثيراً مما يقتضيه الذنب من الجزاء » .

(٢) تكوين : الاصحاح الثالث ، عدد ١٦

(٣) أفسس : الاصحاح الخامس : عدد ٢٥ وما بعده .

بشتيمة ، بل بالعكس مباركين عالمين ... » [1] .

وقد جاءت القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس فنصت على أنه « يجب على الزوج حماية زوجته ومعاملتها بالمعروف ومعاشرتها بالحسنى » . وإذا كان على الزوج واجب الرعاية وحسن المعاشرة لزوجته على هذا النحو ، فان على المرأة « أن تحافظ على ماله وتعتنى به وبأولاده وتلاحظ شئون بيته » [2] .

وحسن المعاشرة بين الزوجين يستلزم المعاونة والمساعدة على المعيشة الزوجية من كل منهما . وهذا الالتزام بالمعاونة والمساعدة له جانب مادى وجانب أدبى أو معنوى [3] . ونعنى فى هذا المجال الجانب الأدبى بصفة خاصة ، أما الجانب المادى ، فانه يدخل تحت الالتزام بالنفقة بين الزوجين على ما سنرى بعد قليل، عند كلامنا عن هذا الالتزام باعتباره من الالتزامات التى تقع على عاتق الزوج. والالتزام بالمساعدة يقتضى أن يعين كل من الزوجين الآخر عند الحاجة وفى أوقات الشدة والأزمات ويقع هذا الالتزام على الزوج طالما كان تنفيذه لا يعرضه للمخاطر . ولهذا فانه فى حالة الجنون والمرض المعدى مثلا ، لا يلتزم الزوج بتقديم مساعداته الشخصية ، وإنما يكون له أن يكتفى فى مثل هذه الصورة ببذل العناية اللازمة لعلاجه [4] .

---

(١) رسالة بطرس الأولى . الاصحاح الثالث عدد ٨ ومابعده .

(٢) أنظر المادتين ٤٤ و ٤٥ كذلك ٤٦ و٤٧ مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ . والمادة ٤٦ و ٤٧ و٤٨ من مجموعة السريان .

(٣) أنظر De Smet ، السابق ص ٢٢٦ هامش ٣ و ٤ . وانظر كذلك : كولان وكابيتان مع ليون جوليو دولا مورانديار : السابق فقرة ١٠١٥ وما بعدها ص ٦٠٤ . بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق فقرة ١٧٣٨ وما بعدها وخاصة فقرة ١٧٧٢ .

(٤) بلانيول وريبر وبولانجى ، السابق ، فقرة ١٧٧٢ ص ٦٢٤ ، وانظر كذلك =

هذا بالنسبة لالتزام كل من الزوجين بحسن المعاشرة ومساعدة الطرف الآخر . وهو التزام تبادلى يقع على عاتق الطرفين ، كما قدمنا . ولكن ما الحكم إذا تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ هذا الالتزام ؟ يمكن القول فى هذا الصدد إن تخلف أحد الطرفين عن تنفيذه يعتبر إيذاء جسيما يقع بالطرف الآخر يؤدى إلى التطليق عند الطوائف التى تتخذ من هذا سبباً له ، أو إلى الانفصال الجسمانى عند الطوائف الكاثوليكية [1] .

= فقرة ١٧٧٤ . وجميل الشرقاوى: الزواج فى القانون الفرنسى والمقارن ، السابق فقرة ٥٧ ص ٢١٥ .

وقد نصت على هذا الالتزام المادة ٤٣ و ٤٥ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس ، والمادة ٢٥ من مجموعة الأرمن : وانظر أيضاً المسألة ١٩ من الخلاصة القانونية ، وابن العسال ص ١١٧ و ص ١٨٨ و ص ٢٠٨ و ص ٢١٥ .

(١) أنظر بلانيول وريبير ، السابق ، فقرة ١٧٧٣ . وانظر المادة ٥٣ و ٥٥ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ بالنسبة للأقباط الأرثوذكس حيث تجعل من الاعتياد على إيذاء الزوج الآخر إيذاء جسيما يعرض صحته للخطر ، سببا للتطليق . وقد قررت المحاكم فى هذا الصدد « إنه لمن أقوى الواجبات على الزوج المساهمة الكاملة فى علاج زوجته والانفاق على شئون مرضها منذ إصابتها جريا وراء واجب المعونة والمساعدة المتبادلة التى يحتمها عقد الزواج ، الأمر الذى لا يقبل معه من الزوج أن يتحلل من الزوجية لمجرد إصابة زوجته بمرض قد يكون طارئا فيتركها دون أى محاولة للعلاج ، بل وأكثر من ذلك يطردها ويلقى بها عند أهلها حيث لم تجد منهم الآخرين إلا كل جفاء ، ثم يأتى بعد ذلك ويتعلل بمرضها الذى امتنع عن البذل فى سبيل إنقاذها منه وهكذا يجعل من خطئه مطية يصل بها إلى الطلاق » (القاهرة الابتدائية فى ٩ فبراير ١٩٥٧ قضية ٦٨٩ سنة ١٩٥٦ فى مجموعة خفاجى ورابح ، السابقة ص ٥٢) .

وانظر أيضاً المادة ٤٥ ارمن أرثوذكس ، وتنص على أنه « ويقضى أيضاً بالطلاق إذا قصر أحد الزوجين فى واجبات المعونة والنجدة والحماية التى يفرضها عليه الزواج نحو الآخر » .

هذا وتجعل المادة ١٢٠ من الارادة الرسولية من سلوك الزوج سلوكاً مجرماً وشائناً أو من كونه خطراً جسيما على روح الزوج الآخر أو جسده ، أو من جعله المعيشة المشتركة صعبة جداً بسبب قسوته ، أو من قيامه ، بما ماثل ذلك من الأمور ... تجعل منها سبباً للانفصال الجسمانى .

ويراعى أنه لما كان الالتزام بحسن المعاشرة من الالتزامات التى حثت عليها تعاليم الرسل وأشاروا إليها فى أكثر من موضع ، بل إنها من أهم الواجبات التى حثت عليها ، المسيحية بصفة عامة ، فانه ينبغى العمل بأحكامه بالنسبة لجميع الطوائف المسيحية، باعتباره أثراً من الآثار المترتبة على الزواج .

١٤٠ مكرر (١) (ب) المعيشة المشتركة (المساكنة) وما يتصل بها : — أساس هذا الالتزام والنص عليه : cohabitation الهدف الأساسى من الزواج هو العيش المشترك بين الزوجين ؛ يلتزم كل منهما بالسكن مع الآخر وما يقتضيه ذلك من اختلاط بينهما ، فالزوجة ملزمة بالمعيشة مع الرجل ومعاشرته فى منزله، وهو من جانبه ملزم بقبولها فيه .

وهذا الالتزام تفرضه طبيعة الزواج والغاية منه ، ولهذ فانه ينبغى أن يفسر على هدية قول المسيح « أما قرأتم أن الذى خلق من البدء خلقهما ذكراً وأنثى ، وقال من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسدا واحداً . إذا ليسا بعد اثنين ، بل جسد واحد»[1] . ولما كان أصل هذا الالتزام وارداً فى الانجيل ، فانه ينبغى التسليم به فى كل الشرائع الطائفية بصفة عامة ، حتى ولو لم ينص عليه بصفة خاصة فى كل منها . فهو من الأمور المسلم بها . وإذا كانت شرائع بعض الطوائف المسيحية قد عنيت بتنظيمه ، فانه يجب العمل بأحكامها حتى بالنسبة للطوائف التى لم تنظم أحكامه مطلقا ، أو التى لم تنظمها بصورة مفصلة .

وقد عنيت القواعد الخاصة بالأقباط الارثوذكس بتنظيم أحكام هذا الالتزام

---

(١) أنجيل متى الاصحاح ١٩ الآيات ٤ - ٦ .

بين الزوجين ، فنصت على أنه «يجب على المرأة أن تسكن مع زوجها وأن تتبعه أينما سار لتقيم معه فى أى محل لائق يختاره لإقامته» ، كما نصت على أنه «يجب على الزوج أن يسكن زوجته فى منزله . . . » [١] .

هذا بالنسبة لاساس الالتزام والنص عليه . وعلينا أن نعرف بعد ذلك من عليه اختيار المسكن الزوجى ، وما هى شروطه ، ثم ماهو الجزاء المترتب على عدم تنفيذه .

اختيار المسكن وشروطه : — لما كانت الشريعة المسيحية حريصة كغيرها من الشرائع على جعل الرئاسة فى الأسرة للرجل إذ أنه رأس المرأة ، كما أن المسيح أيضاً هو رأس الكنيسة ، فانه يترتب على ذلك أن يكون له اختيار المسكن الذى تقيم فيه الأسرة وأن تتبعه الزوجة فيه لتسكن معه، وعلى الزوج أن

---

(١) المادة ٤٥ و ٤٧ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ . وانظر أيضا المادة ١٤٤ و١٤٥ من المجموعتين السابقتين . والمسألة ١٩ من الخلاصة القانونية . وابن العسال : ص ١١٧ وكذلك ص ١٨٨ . وانظر المادة ٢٧ من مجموعة **الأرمن** .

وهذا الالتزام مفهوم كذلك من النصوص الخاصة بالانجيليين (انظر المادة ١٤ من القواعد الخاصة بهم) . وتنص الارادة الرسولية على هذا الالتزام فى المادة ١١٧ بقولها : «يلتزم الزوجان بالمعيشة الزوجية المشتركة ، ما لم يعذرهما من ذلك سبب عادل : juste cause .

انظر أيضا : القانون الكنسى باشراف « ناز » : السابق فقرة ٤٥٤ ص ٤٠٣ . De Smet السابق ص ٢١٣ وما بعدها . وتنص المادة ٣١ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لفيليب جلاد على أنه « على الزوجين من باب الوثاق الزواجى أن يقيما معاً ويعيشا عيشة مشتركة » .

وقد نصت على هذا الالتزام كذلك المادة ٢١٥ مدنى فرنسى فقررت أن الزوجة تلتزم بالسكن مع الزوج ، وهو ملزم بقبولها معه .

يقبلها . وهذا ماينبغى التسليم به بالنسبة للطوائف المختلفة [١] . وإذا كان الأصل أن الرجل أن يختار مسكن الزوجية باعتباره رب الأسرة ، فان هذا الحق يظل له طالما بقيت له صفة الرئاسة فى الأسرة . فاذا لم يعد صالحا لذلك بأن أصبح غير قادر على التعبير عن إرادته بسبب انعدام أهليته لعارض من العوارض كالجنون ، أو إذا تعذر عليه ذلك بسبب غيبته أو بعده أو لاى سبب آخر ، تحل المرأة محله فى رئاسة الأسرة ، ويكون لها اختيار المسكن . وهذا ما تنص عليه بعض القوانين كالقانون الفرنسى [٢] .

وينبغى أن يختار الرجل المسكن المناسب للأسرة ، بحيث يعتبر مسكنا شرعيا ينطبق عليه هذا الوصف . ويعد المسكن شرعياً إذا كان محلا لائقا يختاره الزوج [٣] ، ويكون مستوفيا للشروط الشرعية . ولكى يكون كذلك يلزم .

١ ــ أن يكون مناسبا لحال الزوجين ، لائقا يصلح للاقامة فيه . فاذا كان

---

(١) انظر المسألة ١٩ من الخلاصة القانونية . والمواد ٢١٣ و ٢١٥ من القانون المدنى الفرنسى ، وبلانيول وريبير وبولانجى ، السابق فقرة ١٧٦٠ و ١٧٩٨ . فلا توجد مساواة مطلقة من حيث القانون أو الواقع بين الرجل والمرأة . وإذا كانت المادة ١٠١ من الارادة الرسولية للكاثوليك تجعل المرأة تشارك الزوج فى حالته من حيث جميع الآثار الكنسية للزواج ما لم يرد خلاف ذلك فى قواعد خاصة ، إلا أن من المسلم به كذلك عدم تساويهما فى الحقوق والواجبات بصورة مطلقة ، لأن للرجل دور الرئاسة وتقع عليه المسئولية ، ولهذا فانه هو الذى يختار مسكن الأسرة (انظر فى هذا : القانون الكنسى باشراف « ناز » ، السابق فقرة ٤٤٢ ص ٣٩٠)

(٢) المادة ٢١٣/٣ مدنى فرنسى . وانظر كذلك : بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق فقرة ١٧٢٣

(٣) المادة ٤٥ و ٤٧ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس . وانظر فى الشروط اللازمة لتوافر المسكن الشرعى : عمر عبد الله ، السابق ص ٢٦٤ : محمد أبوزهرة السابق فقرة ٢٠٠ ص ٢٤٨ .

غير صحى مثلا ، وكان يترتب على الاقامة فيه تعريض صحة الزوجة للأخطار ، لا يعد شرعياً . وإذا ما كان المسكن الذى اختاره الزوج يعرض الأسرة للمخاطر أيا كانت هذه المخاطر مادية أو أدبية معنوية ، فانه لا يكون شرعياً . وتبعا لذلك يكون للمرأة أن تلجأ إلى القضاء لكى تصرح المحكمة لها بعدم متابعة الزوج فى مثل هذا المسكن ، ويحدد لها القضاء المسكن الملائم [1] .

ويعتبر المسكن صالحا للاقامة فيه متى كان مؤثثا بطريقة مناسبة ، ومهيئا بما يلزم . فاذا لم يكن كذلك فلا يعد مسكناً شرعياً . وهذا ما أقره القضاء عندنا [2]

٢ ــ يجب أن يكون المسكن مستقلا : فلا تجبر الزوجة على إسكان أحد معها ، ولو كان من أهل زوجها ، سوى أولاده من غيرها [3] ، ما لم يأمر القضاء

---

(١) وهذا ما يقره القانون الفرنسى فى المادة ٢/٢١٥ مدنى . أنظر بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق ، الفقرات ١٧٩٩ ـ ١٨٠١

(٢) فاذا استاجر الزوج المسكن ، وتركه خالياً ولم يسكن فيه ، ولم يهيئه بما يلزم من الأثاثات التى تجعله صالحا للاقامة فيه ، وإنما استأجره فقط ليدرأ عن نفسه حكم النفقة ، فانه لا يعتبر سكنا شرعيا تجد الزوجة فى ظلاله راحتها (انظر استئناف القاهرة فى ١٩٥٦/٦/٢٠ قضية رقم ٣١٢ س ٧٣ ق (بين إسرائيلين) مشار إليه بمجموعة فى خفاجى ورابح ص ٤٦) .

(٣) فاذا قصرت الزوجة فى القيام على تربية أبناء زوجها من زوجة أخرى ، وهجرت منزل الزوجية ، فان تركها له يكون على غير مبرر ، الأمر الذى يسقط حقها فى اقتضاء نفقتها من زوجها إعمالا لنص المادة ١٤٢ من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس (محكمة الاسكندرية الجزئية فى ٨ أكتوبر ١٩٥٦ رقم ٩١ لسنة ١٩٥٦ - غيرمنشور). فاذا هجرت منزل الزوجية فى هذه الحالة بسبب اعتداء أبناء زوجها عليها بالضرب فلا تثريب عليها إن طلبت إقامتها فى سكن مستقل تلافيا للنزاع بينها وبينهم . وعدم استجابة الزوج لهذه الرغبة دليل على عدم أمانته على زوجته ، الأمر الذى ترى معه المحكمة أن ترك المدعية لمنزل الزوجية له ما يبرره ، ويكون دفع الزوج بسقوط حقها فى النفقة على غير أساس من القانون سليم ، يستوجب الرفض (طنطا فى ٦ مارس ١٩٥٧ رقم ١١٩٤ لسنة ١٩٥٦ جدول عمومى غير منشور) .

بغير ذلك فى حالة ما إذا كان الزوج ملزما بالنفقة لبعض الاشخاص ولا يستطيع دفعها نقداً . فاذا ثبت ذلك كان للقضاء أن يأمر بأن يسكن فى منزله من تجب عليه نفقته وأن يقدم له ما يحتاجه من طعام وكسوة [١] .

وإذ كان الاصل هو أن يكون مسكن الزوجية مستقلا على هذا النحو ، فان الحكمة من ذلك هى تلافى ما قد تتعرض له الزوجة فى إقامتها مع الغير من مضايقات وأضرار ، حتى ولو كانت هذه الاضرار أدبية : وهذا يعد إيذاء لها ، ولو كان هؤلاء الغير من أقارب الزوج ، وبصفة خاصة إذا كانوا يعملون دائبين على الكيد لها وإلحاق الضرر بها . فمنزل هذا حال ساكنيه لا يمكن أن تتوافر فيه أسباب الطمأنينة والهدوء ، وهو بهذا الوضع لا يعتبر مسكنا شرعيا تجد الزوجة فى ظلاله راحتها وأمنها [٢] .

وطلب الزوجة مسكنا مستقلا يعتبر أمراً مشروعا ، حتى ولو كان الزوج يسكن مع والدته ، وخاصة بعد أن لاح للزوجة عدم انتظام الحياة الزوجية معها [٣] ولا يسقط حق الزوجة فى طلبها هذا قبول والدته معها فترة من الزمن ، كان

---

(١) أنظر المادتين ١٤٤ و١٣٩ و ١٤٩ و١٤٤ من مجموعتى ١٩٥٥ و١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس .

(٢) استئناف القاهرة فى ٦/٢/١٩٥٧ رقم ٢١٧ ص ٧٣ ق (أنظر الحكم فى خفاجى ، ورابح ، السابقة رقم ٩ ص ٤٥ . وانظر حكما آخر لمحكمة القاهرة الابتدائية فى ١ - ١٢ - ١٩٥٧ رقم ١٦٣٢ لسنة ١٩٥٦ - المرجع السابق رقم ٧ ص ٤٤ وكذلك استئناف القاهرة فى ١٩ - ١٢ - ١٩٥٧ القضيتان رقم ١٤١ و ١٤٢ س ٧٣ ق . المرجع السابق رقم ٨ ص ٤٥ .

(٣) الاسكندرية الابتدائية فى ٢٦ - ٩ - ١٩٥٦ قضية رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ ، المرجع السابق رقم ٦ ص ٤٤ .

مرجعها التسامح المؤقت من جانب الزوجة [١] . هذا ما لم يكن الزوج ملزماً بالانفاق على والدته وكان لا يستطيع دفع النفقة نقداً ورأت المحكمة أن تسكن معه وأن يقدم لها ما يحتاجه من طعام وكسوة بدلا من النقود . فمتى رأت المحكمة ذلك إعمالا للمادة ١٣٩ من مجموعة الاقباط الارثوذكس لسنة ١٩٥٥ أقامت والدته معهما [٢] .

على أنه إذا كان للزوجة أن تسكن مستقلة عن أهل زوجها على النحو السابق ، فانه ليس لها أن تسكن معها أحد من أهلها فى بيت الزوج إلا برضائه (مادة ١٤٤ من مجموعة الاقباط سنة ١٩٥٥) . هذا الرضا من جانب الزوج يسقط اعتراضه فيما بعد ، وهو ما يقره القضاء [٣] . وإن كنا نرى فى هذا الصدد كذلك أن التسامح المؤقت من جانب الزوج لايعنى قبوله باسكان أهل زوجته معهما ، ولا يسقط حقه فى الاستقلال بالسكن مع زوجته .

جزاء الاخلال بالالتزام بالمساكنة : عرضنا فيما سبق لاختيار المسكن وشروطه . ويثور الكلام بعد ذلك عن الجزاء فى حالة عدم تنفيذ هذا الالتزام بين الزوجين .

---

(١) فاذا استطاع الزوجان وقتا ما أن يسكنا مع والدة الزوج ، على ما كان بينهما من احتكاك سابق فان هذا لا يغير من الوضع ولا يعفى الزوج من تهيئة مسكن مستقل ، مادام أنه قادر عليه (الاسكندرية فى ١٦-٤ - ١٩٥٦ قضية رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٦ المرجع السابق رقم ١ ص ٤٣) .

(٢) فاذا لم يدلل الزوج على أن والدته تجب عليه نفقتها فانه لا محل لإعمال نص المادة ١٣٩ من اللائحة ر الأقباط الأرثوذكس) وتكون زوجته (المدعية) محقه إذا ما رفضت أن تسكن مع والدة المدعى عليه ، ويكون حقها فى اقتضاء نفقتها من زوجها ولا زال قائما (اسكندرية الجزئية فى ٢٤ سبتمبر ١٩٥٦ رقم ١٠٩ سنة ١٩٥٦ - غير منشور) .

(٣) استئناف القاهرة فى ٣٠ - ٥ - ١٩٥٦ رقم ١٢٧ س ٧٣ ق . خناجى ورابح - رقم ٣ ص ٤٤) .

لاجدال فى أن هذا الالتزام التزام تبادلى يترتب على الزواج الصحيح [١]، ويظل قائماً بالنسبة للطرفين طالما بقيت الرابطة الزوجية [٢] . فاذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذه ، فماذا يكون الحكم . نفرق فى هذا الصدد بين ما إذا كان عدم التنفيذ من جانب المرأة أو ما إذا كان من جانب الرجل .

لا جدال فى أنه إذا أعد الزوج المسكن المستوفى للشروط السابق بيانها كان على الزوجة أن تتبعه فيه ؛ فاذا لم تتبعه أو إذا تركته دون أن يكون هناك مبرر لموقفها ، كان على الزوج أن يدعوها إلى تنفيذ التزامها بالمساكنة ، فان أبت كان له أن يدخلها فى طاعته ـ على نحو ما سنبين فيما يلى عند كلامنا عن

---

(١) ولا يمكن للزوجين أن يتفقا على عدم القيام به ، إذ مثل هذا الاتفاق يتنافى مع جوهر الزواج وأغراضه ، ويعد تبعاً لذلك منافيا للنظام العام . وهذا ما يقره القضاء الفرنسى : كولان وكابيتان ودولاموراندبار ، السابق فقرة ١٠١٣ ص ٦٠٢ . بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق فقرة ١٧٣١ ص ٦١٠ . وانظر بصفة خاصة فى هذا الموضوع رسالة :
Richardot : Des pactes de séparation amiable entre époux, Dijon, 1930 .

(٢) ولكن قد يتصور وقف تنفيذ هذا الالتزام فى بعض الأحيان ، كما إذا استحال ذلك بسبب قوة قاهرة باعدت بين الطرفين كالحرب مثلا ، أو إذا وقع الزوج فى الأسر ، وكذلك حال غيبته حتى تتقرر حياته أو موته (أنظر فى هذا ابن العسال . السابق ص ٢١٦ ـ ٢١٧ وكذلك الخلاصة القانونية مسألة ٢٥ السبب التاسع) . وكذلك يوقف تنفيذ الالتزام فى حالة الانفصال الجسمانى بين الطرفين عند الطوائف التى تبيح ذلك (انظر فى الحالات التى يتوقف فيها هذا الالتزام : بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق ، فقرة ١٧٢٠ وما بعدها ص ٦٠٨. كولان وكابيتان ودولاموار نديار ، السابق فقرة ١٠١٣ ص ٦٠٢) . وهناك حالة يوقف فيها هذا الالتزام وما يؤدى إليه من المخالطة أشار إليها ابن العسال فى كتابه ص ٢١٦ حيث يقول « ومن تزوج بامرأة ثم عرض لها بعد زيجتها به داء فى بدنها مثل الجذام البرص ، إن هو أحب مفارقتها فعلية أن يعطيها مهرها وجهازها ، وإن لم يجب مفارقتها ، فمباح له اعتزالها بشرط أن يجرى عليها النفقة على قدر ماله ، لأن الذى جرى عليها لم يكن بهواها ولا هواه » .

الطاعة ـ وإلا اعتبرت ناشزا ، وترتب على ذلك سقوط حقها فى النفقة [١] .
ذلك لأن عقد الزواج فى الشريعة المسيحية يعد عقدا تبادليا ، إلى جانب كونه من المقدسات الدينية ، وهو تبعاً لذلك يفرض على كلا طرفيه التزامات متبادلة ، فاذا أخل أحد من الطرفين بالتزامه كان من حق الطرف الآخر أن يمتنع بدوره عن تنفيذ التزامه . ولهذ إذا أخلت الزوجة بواجبها فى طاعة زوجها ، فانها تكون قد نشزت عنه ، ولا وجه لها فى مطالبته بالانفاق عليها . وهذا ما قضت به المحاكم [٢] .

وعلى العكس من ذلك إذا أخل الزوج بتنفيذ التزامه ولم يقم باعداد المسكن الشرعى الذى تتوافر فيه الشروط سالفة الذكر ، فان امتناع الزوجة عن تنفيذ التزامها بالمساكنة لا يعد نشوزا من جانبها ، إذ هناك سبب مشروع يبرر

---

(١) وفى هذا المعنى تنص المادة ١٤٢ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس على أنه « يسقط حق الزوجة فى النفقة إذا تركت زوجها بغير مسوغ شرعى أو أبت السفر معه إلى الجهة التى نقل إليها محل إقامته بدون سبب معقول » وانظر أيضا المادة ١٤٧ من مجموعة ١٩٣٨ .
وكذلك المادة ٢٧ **أرمن** وهى تقضى بأن يعفى الزوج من الالتزام بالنفقة «إذا غادرت الزوجة منزل الزوجية بغير إذنه » .

(٢) الاسكندرية الجزئية فى ٢٣ ـ ٩ ـ ١٩٥٧ قضية رقم ٦٩ لسنة ١٩٥٧ ، (غير منشور) . وقد جاءت أحكام كثيرة فى هذا المعنى . انظر حكما من المحكمة السابقة (غير منشور كذلك) فى ١٤ ـ ١ ـ ١٩٥٧ رقم ٢٥ لسنة ١٩٥٦ . وكذلك (المحكمة نفسها فى ٨ ـ ١٠ ـ ١٩٥٦ رقم ٩١ لسنة ١٩٥٦ وقد أشير إلى هذا الحكم فى ص٦٩٦هامش٣ كما قضى بأن الزوجة تعتبر ناشزا إذا خرجت بدون إذن الزوج ورغم سابقة اعتراضه عليها ، وهذا يستوجب سقوط حقها فى اقتضاء النفقة (نفس المحكمة فى ١٣ يناير ١٩٥٨ رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧ وانظر استئناف القاهرة فى ١٦ ـ ٥ ـ ١٩٥٦ رقم ١٢١ س ٧٣ ق منشور فى خفاجى ورابح ، السابق ص ٣٩ رقم ٨ وكذلك حكمها فى ١٢ ـ ٦ ـ ١٩٥٦ بنفس الصفحة من المرجع السابق تحت رقم ١٠ وحكمها فى ١٧ـ٤ ـ ١٩٥٧ رقم ٢١٩س٧٣ ق المرجع نفسه ص ٤٠ رقم ١٣ .

هذا الامتناع [١] . ويكون للزوجة أن تلجأ إلى القضاء ليقرر انتقالها إلى مكان آخر ؛ فاذا أبى الزوج متابعتها فى المسكن الذى يقرره القضاء ، كان مخلا بالتزامه قبلها . ولما لم تكن هناك وسيلة قانونية لإجبار الزوج على تنفيذ التزامه بالمساكنة — كما هو الشأن بالنسبة للطاعة فى حالة الزوجة — فان عدم تنفيذه يترتب عليه الزامه بالنفقة لزوجته .

وإلى جانب إخلال الزوج بالتزامه باعداد المسكن الشرعى ، فان الزوجة تستطيع أن توقف تنفيذ التزامها بالمساكنة إذا ما امتنع الزوج عن الانفاق عليها . ذلك أن قيام الزوجة بالالتزام المفروض عليها بمساكنة زوجها مرهون بقيام هذا الأخير بالتزامه نحوها بالانفاق عليها . . . فاذا لم يقدم ما يدل على قيامه بأداء النفقة المحكوم بها ، فانه لا يحكم له بوجوب مساكنتها وإطاعته . إذ أن إخلاله بهذا الالتزام يجعل الزوجة فى حل من عدم تنفيذ التزامها قبله [٢] .

---

(١) انظر محكمة الاسكندرية الجزئية فى ٢٧ — ٧ — ١٩٥٧ رقم ٦ لسنة ١٩٥٧ — غير منشور ونفس المحكمة فى ٢٤ سبتمبر ١٩٥٦ رقم ١٠١ سنة ١٩٥٦ — غير منشور وحكم محكمة طنطا فى ٦ مارس ١٩٥٧ رقم ١١٩٤ لسنة ١٩٥٦ (جدول عمومى) ، غير منشور .

(٢) انظر الأحكام الصادرة من محكمة الاسكندرية الجزئية ، وهى غير منشوره ، فى ٢٦ ٣ ١٩٥٦ رقم ٢٢ لسنة ١٩٥٦ ، وفى ٢٩ — ٤ — ١٩٥٧ رقم ٤٤ لسنة ١٩٥٧ وفى ٢٤ — ٢ ١٩٥٨ رقم ١٦ لسنة ١٩٥٧ ، وفى ٢٨ — ١ ١٩٥٧ رقم ١٩٤ لسنة ١٩٥٦ ، وفى ١٧ — ٩ — ١٩٥٦ رقم ١٣٨ لسنة ١٩٥٦ ، وفى ١٩ — ١١ — ١٩٥٦ — رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٦ ، وفى ٢٦ — ١١ — ١٩٥٦ رقم ١٩٠ لسنة ١٩٥٦ ، وفى ٢٤ — ١٢ — ١٩٥٦ رقم ١٩٣ لسنة ١٩٥٦ ، وفى ١١ — ١١ — ١٩٥٧ القضيتان رقم ٩١ و ٧٣ لسنة ١٩٥٧ ، وفى ٢٧ يناير ١٩٥٨ القضية رقم ١١ لسنة ١٩٥٨ .

وقد قضى بأن مجرد سوء التفاهم بين الزوج ووالد الزوجة بشأن الحساب المتداول بينهما ، =

ومن الأسباب التى تدعو إلى توقف تنفيذ الالتزام بالمساكنة كذلك من جانب الزوجة امتناع الزوج عن التزامه بالمعاونة ، أو إذا صارت الحياة الزوجية مستحيلة استحالة معنوية لسوء معاملة الزوج [١] أو إذا أساء إليها الزوج عن طريق إحضار عشيقته إلى منزل الزوجية [٢] . أو إذا طردها من منزل الزوجية [٣] .

هذا ويراعى أنه قد يترتب على الإخلال بالالتزام بالمساكنة ، إلى جانب ما سبق ، إمكان الحكم بالغرامة التهديدية أو التعويض على الزوج الذى يخل بالتزامه ، كما أنه قد يعتبر سببا من الأسباب التى تجيز طلب الحكم بالتطليق ، إذا توافرت شروط التطليق بسبب الهجر ، [٤] على ما سنرى .

= لا يعد سبباً من شأنه أن ينهض عاملا يحول دون حق الزوجة فى اقتضاء نفقتها من الزوج (نفس المحكمة فى ٩ — ١٢ — ١٩٥٧ رقم ١٩٥٧ لسنة ١٩٥٧ . كما قضى بأن اخلال الزوج بواجبه فى أداء النفقة يجعل من حق الزوجة أن تطلب الانفصال الجسمانى حسب شريعة الكاثوليك (استئناف القاهرة فى ٢١ — ٥ — ١٩٥٨ رقم ١٤ س ٧٥ ق خفاجى ورابح ، ص ٤١)

وانظر أيضا المادة ١١٨ من مجموعة **السريان** الأرثوذكس والتعليق عليها .

(١) ومن ذلك مثلا تصرف الزوج فى منقولات الزوجة ومساغها « الاسكندرية الجزئية فى ١٦ — ٦ — ١٩٥٨ رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٨ » . وقد قضى بأنه « إذا أجمع الشهود على أن الزوجة هددت بالانتحار حرقاً إن تركتها أمها . فان فى هذا ما يؤكد مبلغ ضجرها من معيشتها ، ولم يقم ثمة دليل على أن خروجها وتركها منزل الزوجية كان بلا مبرر ، الأمر الذى يبقى حقها فى اقتضاء نفقتها من زوجها « نفس المحكمة فى ١٩٥٦/١٠/٨ رقم ١٣٠ لسنة ١٩٥٦ » والحكمان غير منشورين . ومن ذلك أيضاً حالة ما إذا اعتدى الزوج عليها بالضرب « انظر استئناف القاهرة فى ٢٠ — ١٢ — ١٩٥٦ القضيتان رقم ١٤١ و ١٤٢ س ٧٣ ق ، خفاجى ورابح ص ٤٠ رقم ١٢ .

(٢) كولان وكابيتان ، السابق ، فقرة ١٠١٣ ص ٦٠٢ . بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق ، فقرة ١٧٢٤ و ١٧٢٥ .

(٣) استئناف القاهرة فى ١٦-٥-١٩٥٦ رقم ١٢١ س ٧٣ ق « خفاجى ورابح ، ص ٣٩ رقم ٩ » .

(٤) أنظر فى الجزاءات على مخالفة تنفيذ الالتزام بالمساكنة فى فرنسا : كولان وكابيتان السابق ، فقرة ١٠١٤ . بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق ، فقرة ١٧٢٦ وما بعدها .

ما يقتضيه الالتزام بالمساكنة ـ المخالطة الجسدية : ويتصل بالتزام الزوجين بالمساكنة التزام آخر هو التزام كل منهما بالمخالطة الجسدية [1] . ويقابل هذا الالتزام حق كل من الطرفين فى الاتصال بالطرف الآخر على الوجه المشروع الذى تتحقق معه أغراض الزواج الرئيسية وهى المحافظة على الجنس . وهذا الحق متبادل بين الزوجين ، فلا يجوز لأى منهما أن يمتنع عن الآخر إلا لسبب مشروع ، كما فى أيام الحيض والنفاس بالنسبة للمرأة مثلا [2] . ويمارس الزوجان حقوقهما فى هذا الصدد بما يتفق وسن كل منهما وظروفه الصحية . وحق المخالطة الجسدية بين الزوجين قاصر عليهما فقط ، فللزوج وحده حق الاختلاط على زوجته ، وللزوجة وحدها حق الاختلاط على زوجها [3] .

وإذا كان حق كل منهما على جسد الآخر قاصرا عليه وحده ، فانه يترتب

---

(١) أنظر فى هذا De Smet ، السابق ص ١٧٢ وما بعدها .

(٢) أنظر المسألة ٢٠ من الخلاصة القانونية ، وهى تبين الأيام التى يمتنع الزوجان فيها عن الاجتماع وانظر تعليقات جرجس فيلثاؤس عوض على هامش الخلاصة فى صدد المسألة ٢٠ ، وكذلك ابن العسال ، السابق ص ٢٠٩ ـ ٢١٠ . وانظر المادة ٤٥ من مجموعة السريان الأرثوذكس .

(٣) جاء فى رسالة بولس الأولى إلى أهل كورنثوس : « ليوف الرجل المرأة حقها الواجب ، وكذلك المرأة أيضا الرجل . ليس للمرأة تسلط على جسدها بل للرجل . وكذلك الرجل أيضاً ليس له تسلط على جسده بل للمرأة » (الاصحاح السابع ، عدد ٢ ـ ٤) وهذا هو المعنى الذى جاءت به الارادة الرسولية فى المادة ٧٢ فقرة ٢ منها ، إذ نصت على أن الرضا الزوجى هو فعل إرادة (أى عمل إرادى acte de volonté) به يعطى كل من الفريقين حقاً على جسده ويقبل حقاً على جسد صاحبه . وهو حق مؤبد ومحصور بين الزوجين دون سواهما فيما يتعلق بالأفعال المرتبة بذاتها لولادة البنين » . كما تقضى المادة ١٠٠ منها بأن لكل من الزوجين منذ قيام الزواج ـ حق ، وعليه واجب ، وذلك بالنسبة للأفعال الخاصة بالحياة الزوجية ، وهما متساويان فى ذلك . انظر شرح النص المقابل للمادة ١٠٠ من الارادة الرسولية ، القانون الكنسى باشراف « ناز » السابق ، فقرة ٤٤١ .

على ذلك أن كل محاولة للاتصال بالغير تعد غير مشروعة . وهذا ما تمليه طبيعة الزواج المسيحى من حيث وحدة الزوج . وإذا ما خالف أحدهما ذلك كان هذا إخلالا بما يجب عليه من **الأمانة والاخلاص** للزوج الآخر ، وهذا الاخلال من شأنه أن يؤدى إلى التطليق أو الانفصال الجسمانى بين الزوجين . ويعد اتصالا غير مشروع كذلك ، يشبه الزنا ، حالة ما إذا تزوج أحدهما بزوج آخر حال قيام الزواج ، لأن هذا الزواج الثانى يعد زنا فى الشريعة المسيحية التى لا تبيح التزوج بأكثر من واحدة (١) .

ولا تمتد حقوق الزوجين وواجباتهما فى صدد المخالطة الجسدية إلا إلى الاستعمال المشروع فقط للزواج . فكل ما يؤدى بطبيعته إلى الانجاب يعد

---

(١) هذا فضلا عما يتعرض له الزانى من جزاءات جنائية .

وقد نصت القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة على هذا الواجب ، فأوجبت المادة ٤٣ و ٤٥ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس على كل من الزوجين الأمانة . وجاء فى المسألة ١٩ من الخلاصة القانونية أن « للرجل وحده على زوجته حق الاختلاط الزواجى دون غيره . . وللزوجة عليه حق الاختلاط الزواجى دون غيرها ... » . وانظر ابن العسال السابق ص ٢٠٨ . وكذلك المادة ٤٧ من مجموعة السريان ، حيث توجب « أن يحافظ كل من الزوجين على حقوق الآخر ... » . وكذلك المادة ٢٥ من مجموعة الأرمن . وهو ماتقضى به كذلك القواعد الخاصة بالانجيليين المادة ١٨ . وتجعل الإرادة الرسولية للكاثوليك فى المادة ١١٨ من الزنا سببا للانفصال الجسمانى بين الزوجين .

وانظر أيضاً فى هذا الواجب : كولان وكابيتان ودولامورانديار . السابق ، فقرة ١٠٠٩ — ١٠١١ . بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق فقرة ١٧٣٢ وما بعدها .

ويراعى أن ما يقصد من الزنا وخاصة لدى الفقهاء المسيحيين لا يقتصر على الزنا الحقيقى ، بل يمتد كذلك إلى كل ما يؤدى إليه ، وهو الزنا الحكمى ، على ما سنرى فى حينه عند الكلام عن الزنا كسبب من أسباب التطليق . وانظر كذلك المادة ٥١ **ارمن** والتى تقضى بأنه يحكم بالطلاق « إذا سلك أحدهما سلوكا معيبا لا يتفق مع الاحترام الواجب للزوج الآخر ولو لم تكن هناك أدلة على الزنا ... »

مشروعا . وما يخالف ذلك لا يعتبر مشروعا . ونتيجة لذلك لا يعتبر مشروعا الاتصال غير الطبيعى ، ولا يلزم به الزوج الآخر . كما أن كل ما من شأنه أن يمنع تحقيق هذه الغاية . وهى الإنجاب ، يعتبر غير مشروع ، ولهذا لا يجوز للرجل إذا أتى زوجته أن ينعزل عنها مثلا رغبة فى عدم حصول الحمل أو لأى غرض آخر [1] .

وفى صدد حق المخالطة الجسدية بين الزوجين ، ينبغى أن نفرق بين وجود الحق نفسه وبين ممارسته واستعماله . فطالما بقى الزواج، بقى الحق للزوجين . ومع ذلك ، فقد تطرأ ظروف بالنسبة لأحدهما أو لكليهما تؤدى إلى وقف استعماله مع قيام الزواج . وقد يكون هذا مؤقتا ، كما قد يكون لمدة غير محدودة . وهذا ما يحصل فى حالة الحيض والنفاس ، كما قدمنا . وهو ما يحصل كذلك فى حالة الانفصال الجسدى بين الطرفين [2] .

ثالثا : حقوق الزوجة على زوجها ـ النفقه الزوجية

١٤١ ـ وجوبها أصلا على الزوج ـ تقسيم البحث فى موضوع النفقة : يلتزم الزوج بالانفاق على زوجته من حين العقد ، فالنفقة واجبة عليه فى الأصل ، وهى واجبة عليه لزوجته حتى ولو كانت موسرة ، كما أنه إذا امتنع عن الانفاق عليها

---

(١) أنظر فى هذا : المسألة ٢١ من الخلاصة القانونية ، وابن العسال ، السابق ص ٢١٠ ـ ٢١١ وانظر كذلك De Smet السابق ص ١٨١ وما بعدها .

(٢) أنظر تفصيل هذا الموضوع فى De Smet السابق ص ١٨٣ وما بعدها . وانظر ابن العسال ، السابق ص ٢١٦ . وانظر أيضاً فى بقاء معاشرة الزوجين دون اختلاط الفراش ، المسألة ٣٠ من الخلاصة القانونية ، والمادة ١٠٨ من مجموعة **السريان** .

مع قدرته أمكن إجباره على تنفيذ التزامه بل وحبسه إذا لم يمتثل . ولهذا فاننا نتكلم عنها باعتبارها حقا للزوجة على زوجها ، إذ هي واجبة أصلا عليه[1]. وهذا ما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية في شأن النفقة . والواقع أنه لا يوجد ما يمنع من الاستنارة بأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد، وخاصة أن هذه الأحكام تتصل بمسائل مالية وليست متعلقة بالعقيدة الدينية ، مما يدعو إلى النظر في وضع

---

(١) وإذا كان من الممكن إسقاط النفقة عن الزوج إذا كانت زوجته موسرة (أنظر مجلس ملي فرعي دمنهور في ١٩٥٤/٢/٢٦ خفاجي ورابح ص ٣٨ رقم ٥) فان هذا يعد استثناء مشروطا بعدم استطاعته الكسب ، مع إعساره وعدم مقدرته على الانفاق . وإذا امتنعت الزوجة فانها لا تحبس كالزوج . واسقاط النفقة عن الزوج في مثل هذه الحالة يتمشى مع روح الشريعة المسيحية التي تدعو الناس إلى المحبة والوئام ، مما حدا الى النص في القواعد الخاصة ببعض الطوائف المسيحية على وجوب « النفقة على الزوجة لزوجها المعسر ، إذا لم يكن يستطيع الكسب وكانت هي قادرة على الانفاق » (مادة ١٤٦ مجموعة ١٩٥٥ للاقباط الأرثوذكس . والمادة ٢١ من قواعد الأقباط الكاثوليك والتي تقضي بأن « الزوجة الموسرة ملزمة بنفقة زوجها المعسر في حالة عجزه » . وانظر كذلك المسألة ١٩ من الخلاصة ، وابن العسال ص ٢٠٧ وابن لقلق في ملحق ابن العسال ص ٢٣ حيث يقول « إذا كان الرجل معسرا لزم زوجته أن تعوله هو وأولاده من جميع الجهاز » . وفي نفس المعنى المادة ٤٨ من مجموعة السريان وهي تقضي بأنه « إذا افتقر وكانت هي موسرة تلزم بمساعدته على قدر امكانها » . والمادة ٢٨ أرمن وهي تقضي بأنه « اذا كان الزوج معوزا وعاجزا عن كسب عيشه لمرض أو شيخوخة وجب على الزوجة أن تنفق عليه اذا سمحت حالتها المالية بذلك » .

والواقع أن التزام الزوجة بالنفقة في هذه الحالة التزام استثنائي ، يجب أن يحدد في أضيق نطاق . فيلزم أن يكون الزوج المعسر غير قادر على التكسب . فاذا كان في استطاعته التكسب وتقاعد ، لا تلزم الزوجة بالاتفاق عليه . وبالاضافة الى هذا فانه لما كان الأصل هو وجوب النفقة على الزوج ، مهما كانت الزوجة موسرة ، وأن الاستثناء هو وجوبها على الزوجة القادرة عليها اذا كان الزوج معسرا عاجزا عن التكسب ، فانه يجب أن يراعى ألا يطبق هذا الحكم الأخير لدى الطوائف المسيحية الا بنص خاص . انظر كذلك ما أوردته المادة ١١٨ من مجموعة السريان الأرثوذكس . وانظر في هذا المعنى وفي إعمال أحكام الشريعة الاسلامية بالنسبة للطوائف التي لم ينص عندها على التزام الزوجة بالنفقة في هذه الحالة : أحمد سلامة السابق ط ٢ رقم ٣١٦ ص ٦٩٧ .

قواعد موحدة بشأنها تطبق على جميع المواطنين . ولهذا لا نرى مانعامن الاتجاه إلى ما قررته الشريعة الاسلامية فى شأن أحكام النفقة ، كلما أعوزنا الحكم لدى غير المسلمين ، خاصة وأن بعض الطوائف المسيحية لم يعرض لتنظيم النفقة أصلا أو لم يعرض لها بأحكام مفصلة ، وذلك عدا بعض الطوائف كالأقباط الأرثوذكس ، إذ أوردوا تفصيلا فى هذا الصدد أكثر من غيرهم من الطوائف الأخرى [1] .

وكلامنا عن النفقة يقتضى أن نعرض لأصل وجوبها ، ثم لكيفية أدائها ، وأساس تقديرها ، والجزاء على الامتناع عنها وحكم امتناع الزوج عن أدائها ، ثم عن تقادم دين النفقة وانقضاؤه ، كما نتكلم كذلك عن حكم نفقة زوجة الغائب .

أصل وجوبها : ـ والنفقة هى كل ما يلزم للقيام بأود الشخص من طعام وكسوة وسكنى ، وكذلك نفقة العلاج فى حالة المرض . وهى واجبة على الزوج

---

(١) ولم يرد فى الارادة الرسولية للكاثوليك تنظيم لأحكام النفقة . ولكن هذا لا يعنى عدم تطبيق القواعد الخاصة بها عليهم . وتنظم القواعد الخاصة بالاقباط الكاثوليك مسألة النفقة (انظر المادتين ٢٠ و ٢١ من تلك القواعد جمعها صالح جنى فى المرجع ١٩٥٦ ص ١٩٤) . كما أن المادة ١٤١ من القواعد الخاصة بالطوائف الكاثوليكية التى جمعها فيليب جلاد ، السابق ، تنص على أن « نفقة الزوجة ، أعنى طعامها وكسوتها وسكناها ، تجب على الزوج ، وإن كانت غنية لاحتباسها فى مصلحته » . وجاء فى المادة ١٤٢ من تلك القواعد أن « على الزوجين أن يقوت كل منهما صاحبه ويكفيه معاشه على ما يليق بحالته » . وقد طبق القضاء أحكام النفقة بين الكاثوليك على ما بيناه من قبل (أنظر استئناف القاهرة فى ٢١ - ٥ - ٥٨ رقم ١٤ س ٧٥ ق مجموعة خفاجى ورابح ص ٤١ ويتضح من المادة ١٥ من القواعد الخاصة بالانجيليين أن النفقة واجبة على الزوج إذ جاء فيها أنه إذا كان الزوج سببا فى المفارقة « وجبت عليه النفقة لامرأته وأولاده الذين فى رضاعتها أو حضانتها ، باتفاق الزوجين على تقديرها أو تقديرها من السلطة المختصة . وان كانت الزوجة سبب المفارقة فلاتلزمه النفقة عليها ، إلا إذا كان له أولاد فى رضاعتها » .

لزوجته[1] من حين العقد الصحيح ، [2] سواء كان غنياً أم فقيراً . ووجوبها من حين العقد الصحيح يعنى إلزام الزواج بها من ذلك الحين حتى ولو لم يحصل دخول ، أى حتى ولو لم تنتقل الزوجة إلى منزل الزوجية . ويظل الزوج ملتزماً بها من حين العقد الصحيح إلى أن تنقضى الرابطة الزوجية [3] .

ولكى تستحق الزوجة على زوجها ، يتعين أن تكون محتبسة ـ أو مستعدة للاحتباس ـ من أجله فى منزل الزوجية ، حتى يستطيع استيفاء حقوق الزوجية كاملة متى شاء . فاذا فوتت عليه حقه فى الاحتباس لا تستحق النفقة لعدم تحقق

---

(١) فلا تجب النفقة الزوجية للزوجة على شقيق زوجها حتى ولو كان زوجها معسراً (انظر تفصيل هذا فى حكم لمحكمة الاسكندرية الجزئية فى ٢٨ - ٤ - ١٩٥٨ رقم ١٧ لسنة ١٩٥٧ غير منشور) . كما لا تجب على والد الزوج إذا ما جند هذا الأخير (نفس المحكمة فى ١٧ - ٣ - ١٩٥٨ رقم ١٧٣ لسنة ١٩٥٧ . غير منشور) .

(٢) انظر المادتين ١٣٥ و ١٤١ من مجموعة ١٩٥٥ و ١٤٠ و ١٤٥ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس . وانظر المادة ٤٤٢ من لائحة ترتيب محاكم الكرسى البطريركى بالاسكندرية **للروم الأرثوذكس** . وكذلك المادة ١١٥ **سريان** ، والمادة ٢٧ **أرمن** ـ وكذلك المادة ١٠٠ . وانظر كذلك المادة ٢٠ أقباط كاثوليك .

(٣) فطالما بقيت الزوجية بقى التزام الزوج بها . فاذا أقر بعدم الانفاق عن مدة سابقة على ، الفصل يحكم عليه بالنفقة (مجلس ملى فرعى الاسكندرية فى ٣ - ١٢ - ١٩٥٥ قضية ٣٣٨ سنة ١٩٥٥ فى المرجع لصالح حنفى السابق ج ١ ص ١٨٩) ويحكم بالنفقة حتى ولو طعن فى العقد بالبطلان طالما أنه لم يقض به بعد (جزئى اسكندرية فى ٣٠ - ٤ - ١٩٥٦ رقم ٦٩ لسنة ١٩٥٦ غير منشور) كما يمكن أن يقضى للزوجة كذلك بنفقة وقتية إلى حين الفصل فى دعوى الطلاق . كما أن دفع النفقة لا يعلق على دفع البائنة ـ كما أشرنا إلى ذلك من قبل (هامش ٤ ص ٦٨٦) . ولا بد لانقضاء الالتزام بها من فصم الرابطة الزوجية ، فلا يكفى إشاعه الطعن فى سلوك الزوجة حتى يقطع الزوج نفقتها (جزئى اسكندرية ١١ مايو ١٩٥٦ رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٦ . غير منشور) وإذا ما قضى بالنفقة على أساس قيام الزوجية ، فانه يصح القضاء بعدئذ بالكف عن المطالبة بها متى انحلت عقدتها بالطلاق . . . (نقض فى ٢٥ فبراير ١٩٥٦ طعن رقم ٤ س ٢٥ ق ، مجموعة أحكام النقض (المكتب الفنى) س ٧ العدد الأول ص ٣٠) .

سبب وجوبها وهو الاحتباس المفضى إلى المقصود بالزواج [1] . وعلى هذا إذا تركت الزوجة منزل الزوجية دون مسوغ شرعى ، فانها تفوت على الزوج حقه فى احتباسها ، وبالتالى تسقط نفقتها . وكذلك يكون الحكم إذا ما امتنعت عن الذهاب إلى زوجها ومساكنته ، أو إذا امتنعت عن اللحاق به فى الجهة التى نقل إليها محل إقامته ، ولم يكن لامتناعها سبب معقول . وتقدير وجود سبب معقول لترك منزل الزوجية ، أو الامتناع عن مساكنة الزوج أو اللحاق به، من الأمور التى تترك للقضاء فى كل حالة على حدتها . لكن إذا تركت الزوجة منزل الزوجية أو امتنعت عن معاشرة زوجها أو اللحاق به ، وكان لذلك مسوغ ، فلا تعد ناشزا ولا تسقط عنها النفقة ، كما إذا لم يكن المسكن شرعياً ، أو إذا طردها الزوج .. على نحو ما بينا فى البند السابق .

ويثور الكلام فى هذا الصدد عن مدى استحقاق الزوجة للنفقة الزوجية إذا كانت تعمل خارج المنزل ، كما إذا اشتغلت بالتدريس أو الطب أو أية وظيفة أو مهنة أخرى . وقد اتجهت بعض أحكام المحاكم إلى القول بأن نفقة الزوجة لا تسقط متى اشتغلت ، لأن التحاقها بالعمل للمساعدة على المعيشة لا يعتبر عملا غير سائغ شرعا [2] . ولكن الواقع أنه ينبغى فى هذا الصدد أن نفرق بين حالة موافقة الزوج على اشتغال المرأة أو عدم موافقته . فاذا رضى الزوج بأن تعمل زوجته ، ولم يعترض على ذلك ولم يمنعها فلا تسقط نفقتها ، لأنه قد رضى باحتباسها احتباسا ناقصا . أما إذا اشتغلت دون موافقة زوجها ورغم اعتراضه، فانها بذلك تصير ناشزاً وتسقط نفقتها

---

(١) انظر أحكام الشريعة الاسلامية فى تفصيل هذا الموضوع : عمر عبد الله ، السابق ص ٢٥٢ وما بعدها .

(٢) محكمة القاهرة الابتدائية فى ٢٦ - ١١ - ١٩٥٦ رقم ٢٠٨٦ لسنة ١٩٥٦ ، خفاجى ورابح ص ٤٠ رقم ١١ .

عليه . أى أن من حق الزوج أن يمنع زوجته من الاشتغال حتى يتحقق احتباسها، فاذا ما خالفت عدت ناشزاً وتسقط نفقتها [(١)] .

كيف تؤدى النفقة : إذا كانت الزوجة تعيش مع زوجها ، فالأصل أن يقوم هو بما يلزم لها من طعام وكسوة وغير ذلك من النفقات، إلى جانب سكنها معه . ومتى ثبت أن الزوج يقوم بذلك، فليس للزوجة أى وجه فى المطالبة بنفقة، طالما كان الزوج يباشر الانفاق بنفسه عليها .

على أن ذلك قد لا يروق الزوجة فتطالب بنفقة لكى تتولى هى بنفسها الانفاق، حتى ولو ظلت فى منزل الزوجية ، وذلك إذا كانت تشكو مطل الزوج فى الإنفاق عليها . وفى هذه الحالة تقدر النفقة للزوجة وتعطى لها لتنفق منها على نفسها [(٢)] .

ومن جهة أخرى ، فقد لا يتوافر احتباس الزوجة بسبب لا دخل لإرادتها فيه ، وإنما بسبب صادر عن الزوج ، كما إذا كان هو نفسه غير راغب فى معاشرتها دون مسوغ شرعى ، أو إذا تركت منزل الزوجية بمسوغ شرعى ، بحيث لا تعتبر ناشزا كما بينا فى الفقرة السابقة . فى هذه الحالة كذلك يقضى للزوجة بالنفقة . ويقدر القضاء النفقة اللازمة لها من طعام وكسوة وسكنى .

أساس تقدير النفقة : ويجب أن يراعى عند تقدير النفقة حاجة من يطلبها

---

(١) وهذا ما تقضى به الشريعة الاسلامية . انظر عمر عبد الله ، السابق ص ٢٥٦ . وإن كان ينبغى أن يراعى فى هذا الصدد عدم تعسف الزوج فى استعمال حقه ومنع الزوجة من العمل ، وقد يكون فى ذلك خير الأسرة والمساعدة على تحمل أعباء الحياة الزوجية .

(٢) أنظر المادة ١٤٣ و١٤٨ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس .

ويسار من يجب عليه الأداء ، أى أن الزوج يجب عليه أن ينفق على قدر طاقته [١] .

وإذا كان هذا هو الأساس الذى يتخذ فى تقدير النفقة ، وهو يدخل فى الاعتبار ظروف كل من الطرفين من حيث مدى حاجة طالب النفقة ، ومدى مقدرة من عليه الانفاق ، فانه يخالف ما جاءت به المادة ١٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تطبق أحكامها بالنسبة للمسلمين ، وتقضى بأن « تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حال الزوجة » . فالذى يدخل فى الاعتبار طبقا لهذا النص هو حال الزوج فقط ، مهما كان حال الزوجة من الغنى أو الفقر [٢] .

وتقدير النفقة مؤقت. بمعنى أنه قابل للزيادة أو النقصان ، بحسب الأحوال . فاذا صار الملزم بالنفقة فى حالة لا يستطيع معها أداءها ، أو صار من يتقاضى النفقة فى غير حاجة إليها كلها أو بعضها ، نظرا ليسار طارىء مثلا ، فى هذه الحالة يجوز

---

(١) المادتان ٤٥ و ٤٧ والمادة ١٣٧ و ١٤٢ من مجموعتى ١٩٥٥ و١٩٣٨ للأقباط، والمادة ١١٥ من مجموعة **السريان** وهى تقضى بأن يلتزم الرجل بالنفقة «وذلك حسب الحال »، والمادة ١٠٠ من مجموعة **الأرمن** . وتنص المادة ٤٤٢ من لائحة ترتيب محاكم الكرسى البطريركى بالاسكندرية **للروم** الأرثوذكس على أن « النفقة هى ملزومية بعض الأشخاص فى بعض الأحوال بدفع إعانة معيشة مؤقتة ، وحق آخرين بأن يطلبوا منهم لذلك مبلغا من المال ، يتناسب مع مركزهم المالى وحالتهم الاجتماعية لينفقوه فى سكناهم وكسائهم وغذائهم وعلمهم وتربيتهم» . ويجعل القانون اليونانى أعباء الحياة الزوجية على الزوج ، وإذا لم يستطع كان على الزوجة المساهمة بما يتناسب مع ثروتها (انظر المادتين ١٣٩٨ و ١٣٩٩ من القانون المدنى اليونانى) .

(٢) وهذا هو ما ينبغى النظر إليه ؛ فينبغى أن نقدر النفقة على الزوج بما يتفق وحالته ، بصرف النظر عن مركزها وظروفها الاجتماعية . ولا يصح أن ندخل فى الاعتبار حال الزوجة وحدها فنقدر لها نفقة اليسار إن كانت موسرة أو نفقة الاعسار إن كانت معسرة ، أى لا تقدر لها نفقة أمثالها من الزوجات بالنظر إلى مركزها هى ، بل تقدر لها نفقة أمثالها بالنظر إلى مركز الزوج ، أى نفقة من تزوجن بمثل زوجها وفى مثل مركزه وحالته الاجتماعية .

طلب إسقاط النفقة أو إنقاصها . وعلى العكس من ذلك يجوز أن تزاد النفقة إذا ما زاد يسار الملزم بأدائها ، أو إذا زادت حاجة من يتقاضاها . [١] فتقدير النفقة يختلف صعودا وهبوطا ، حسب الظروف ، كما أنه يجب أن يختلف كذلك حسب ارتفاع تكاليف المعيشة أو انخفاضها . وهذه أمور تترك لتقدير القضاء ، فهو الذى يقدر مبلغ النفقة على ضوء ظروف الطرفين وعلى ضوء الظروف المحيطة من حيث تكاليف المعيشة [٢] . أما إذا لم يطرأ على مركز الطرفين القانونى أو المادى ما يوجب تعديل حكم النفقة ، فانه لا يجوز التعديل . ذلك أن هذا الحكم متى أصبح نهائيا فانه يضع الطرفين فى وضع مادى نهائى . أى أنه يحوز حجية الشىء المحكوم فيه ؛ وهو يحوز هذه الحجية طالما أن الظروف التى صدر فيها لم تتغير . فاذا ظلت الظروف دون تغيير ، امتنع تجديد النزاع ثانية أمام القضاء ، متى كان هناك اتحاد فى الخصوم والموضوع والسبب . أما إذا حدث من الظروف ما يدل على اعسار الملزم بالنفقة أو يساره ، فان هذا يبيح إعادة النظر فى تقدير النفقة [٣] .

---

(١) انظر المادة ١٣٨ و ١٤٣ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للاقباط . وكذلك المادة ١٠٢ أرمن وقد أقر القضاء ذلك ، إذ يجب أن تشارك الزوجة زوجها فى السراء والضراء . فاذا جند الزوج وليس له إيراد غير مرتبه كجندى ، فانه ينبغى أن يراعى الوضع الجديد الذى صار إليه الزوج وتقدر النفقة على أساسه ، ومن ثم تخفض النفقة المحكوم بها عليه (جزئى الاسكندرية فى ١٩٥٧/٢/٢٥ رقم ١٧٩ لسنة ١٩٥٦ . وفى ١٧ — ٣ — ١٩٥٨ رقم ١٧٣ لسنة ١٩٥٧ . وانظر كذلك المحكمة نفسها فى ١٧ — ١٠ — ١٩٥٦ رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ وفى — ١٧ — ١٢ — ١٩٥٦ رقم ٧٥ لسنة ١٩٥٦ وهى أحكام غير منشورة)

(٢) وأنظر محكمة الجيزة الابتدائية (استئناف) فى ١ — ٤ — ١٩٥٨ رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٨ استئناف الجيزة — غير منشور) .

(٣) محكمة استئناف القاهرة فى ١٦ — ٥ — ١٩٥٦ رقم ١٢١ س ٧٣ ق (خفاجى ورابح ، السابق ص ٣٩ رقم ٧) . ومحكمة الاسكندرية الجزئية فى ٣٠ — ١٢ — ١٩٥٧ رقم ٦٣ لسنة ١٩٥٧ غير منشور .

وهذا ما استقرت عليه أحكام النقض [١] .

امتناع الزوج عن أداء النفقة : إذا كان الزوج ملزما بالانفاق على زوجته فانه قد يمتنع عن أدائها إليها . إلا أن امتناعه قد يكون مبررا ، نظرا لنشوز الزوجة ، كما لو امتنعت عن تنفيذ التزامها بالمساكنة وهجرت منزل الزوجية دون مبرر . وفى هذه الحالة تسقط نفقة الزوجة ويكون امتناع الزوج عن أداء النفقة إليها له ما يبرره [٢] .

أما امتناع الزوج عن أداء النفقة والذى نعنيه فى هذا المجال ، فهو امتناعه فى حالة ما إذا كان التزامه بالنفقة لم يسقط ، كما فى حالة استمرار الحياة الزوجية ، أو كما فى حالة ما إذا لم تكن الزوجة قد أوفت التزامها بالمساكنة لسبب صادر من الزوج نفسه ، فى هذه الحالة يكون الزوج ملزما بالنفقة ولكنه يمتنع عن أدائها [٣] .

لا جدال فى أنه إذا ما حكم للزوجة بالنفقة على زوجها ، ولكنه امتنع عن

---

(١) انظر فى كون حكم النفقة مؤقت : نقض فى ٢٥ فبراير ١٩٥٦ طلب رقم ٦ س ٢٥ ق (مجموعة المكتب الفنى س ٧ عدد ١٠ ص ٣٠) . وانظر كذلك : نقض فى ٢٧ - ١٠ - ١٩٦٠ طعن رقم ٢١ س ٢٨ ق أحوال شخصية (مجموعة المكتب الفنى س ١١ عدد ٣ ص ٥٤٠) . وكذلك نقض فى ٣٠ يناير ١٩٦٣ طعن رقم ٥٣٢ س ٢٦ ق (مجموعة المكتب الفنى س ١٤ عدد ١ رقم ٢٤ ص ١٨٩) . وقد جاء بهذا الحكم الأخير أن « الحكم الصادر بالنفقة يحوز حجيه مؤقتة ، فيرد عليه التغيير والتبديل كما يرد عليه الاسقاط بسبب تغيير دواعيها » هذا ويراعى أن الحكم بزيادة النفقة يعتبر حكما منشئا ، ولذلك فانه يقضى بزيادة النفقة من تاريخ الحكم بها (جزئى الاسكندرية فى ١٩ ــ ١١ ــ ١٩٥٦ رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٦ . غير منشور) .

(٢) أنظر الأحكام التى أشرنا إليها فى الفقرة السابقة ص ٧٠٠ هامش ٣ .

(٣) فى هذه الحالة لا تكون الزوجة ناشزا وإنما الخطأ يكون فى جانب الزوج ، ولهذا يلتزم بالنفقة . انظر الأحكام العديدة التى أشرنا إليها فى هذا الصدد بالفقرة السابقة هوامش ١ و ٢ من ص ٧٠١ وهوامش ١ و٢ و٣ من ص ٧٠٢ .

التنفيذ بعد أن أصبحت مستحقة ؛ فانه يكون للزوجة أن تلجأ إلى تنفيذ الحكم بالطرق القانونية التى تتبع لاستيفاء الحقوق من أموال المدين طبقا للقواعد الخاصة بالتنفيذ على أموال المدين [١] . وهذه الوسيلة من وسائل التنفيذ يمكن أن تلجأ إليها كل من صدر لها حكم بنفقة زوجية ، أيا كانت ديانتها [٢] .

---

(١) هذا ويراعى أن دين النفقة يعتبر دينا ممتازا ، إذ ينص القانون على أن « النفقة المستحقة فى ذمة المدين لأقاربه عن ستة الأشهر الأخيرة » يكون لها امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار . وتشمل النفقة فى هذه الحالة أيضا نفقة الزوجية (المادة ١١٤١ مدنى، وانظر المذكرة الايضاحية فى شأنها) .

كما يراعى كذلك أن المشرع قد خص النفقة ببعض الأحكام وذلك تيسيرا لمن يقضى له بها فى الحصول عليها .

من ذلك ما نص عليه بالنسبة «للنفقات والمصاريف المحكوم بها» انظر المادة ٤٨٦ مرافعات وكذلك مانص عليه بالنسبة للأجور والمرتبات من أنه « لا يجوز الحجز على أجور الخدم والصناع والعمال أو مرتبات المستخدمين إلا بقدر الربع . وعند التزاحم يخصص نصفه لوفاء ديون النفقة والنصف الآخر لما عداها من الديون » (٤٨٨ مرافعات) . ومانص عليه كذلك بالنسبة لماهيات موظفى الحكومة ومعاشاتهم ، من أنه لا يجوز توقيع الحجز عليها إلا فيما لايجاوز الربع ، وذلك وفاء لنفقة محكوم بها من جهة الاختصاص أو لأداء ما يكون مطلوبا للهيئة التى يعمل فيها الموظف أو المستخدم بسبب يتعلق بأداء وظيفته . وعند التزاحم تكون الأولوية لدين النفقة . وما نص عليه القانون كذلك بالنسبة للعمال الذين يسرى عليهم قانون العمل (انظر المادة ٥٢ من قانون العمل الموحد) . وانظر فى تفصيل ما سبق . الدكتور أحمد أبو الوفا : إجراءات التنفيذ فى المواد المدنية والتجارية ، الطبعة ٢ ، سنة ١٩٥٨ فقرة ١٢٤ وما بعدها ص ٢٥٩ وما بعدها .

ويراعى فى صدد التنفيذ بالنفقة أنه إذا حكم للزوجة والاولاد بالنفقة على الزوج ، ثم حكم عليه كذلك بنفقة لاقاربه كأمه أو أبيه ، فان الاولوية تكون لنفقة الزوجة والاولاد ، ما لم يكن هناك تواطؤ فتكون الاولوية للاقارب على نفقة الزوجة (أنظر محكمة الاسكندرية الجزئية فى ٢٢ — ١٠ — ١٩٥٦ رقم ٨٩ س ٥٦ ، وفى ١٨ — ١١ - ١٩٥٧ رقم ٩٢ س ١٩٥٧ . وهما غير منشورين) .

(٢) لان لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى جعلت للزوجة سلوك سبيل آخر فى التنفيذ عن طريق طلب حبس الزوج ، قررت أن الالتجاء إلى هذه الوسيلة — وهى الحبس — لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » .

وتثور المشكلة هنا فى حالة التجاء الزوجة إلى طلب حبس الزوج الممتنع عن أداء النفقة . ولا جدال فى أن للزوجة المسلمة التى صدر لها حكم نهائى أن تلجأ إلى المحكمة التى أصدرت حكم النفقة أو التى بدائرتها محل التنفيذ وتطلب حبس الزوج . فاذا ثبت للمحكمة أن الزوج قادر على القيام بما حكم به ، أمرته بالاداء . فان لم يمتثل قضت بحبسه مدة لا تزيد على ثلاثين يوما . ولا يخلى سبيل الزوج إلا إذا أدى ما حكم به عليه ، أو إذا أحضر كفيلا . هذا بالنسبة للزوجة المسلمة . وذلك استنادا إلى المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والتى لا زالت مطبقة حتى الآن أمام المحاكم العادية . لكن هل يمكن تطبيق حكم هذه المادة على غير المسلمين ؟

يتجه فريق من الفقه [١] ، كما تتجه أحكام المحاكم [٢] إلى تطبيق حكم هذه المادة حتى بالنسبة لغير المسلمين . وذلك استنادا إلى أن المسألة الواردة فى المادة ٣٤٧ تعتبر من مسائل الإجراءات التى ينبغى أن تطبق بالنسبة للمسلمين ولغير المسلمين على السواء [٣] .

---

(١) أنظر فى هذا : تادرس ميخائيل ، شرح الأحوال الشخصية للمصريين الغير مسلمين السابق ص ٨٩ وما بعدها ، فقرة ١٣٢ وما بعدها . أحمد سلامة : مذكراته السابقة ، ص ٧٩ - ٨٠ . وكتابه السابق ط ٢ رقم ٣١٧ . جميل الشرقاوى ، السابق (ط٥٩/١٩٦٠) رقم ٧١ خاصة ص ٢٩٨ - ٢٩٩ .

(٢) أنظر استئناف القاهرة فى ١٧ - ٤ - ١٩٥٧ رقم ٤٧ س ٧٤ ق ، خفاجى ورابح ص ٤٠ رقم ١٤ . وأنظر كذلك محكمة الاسكندرية الجزئية فى ٣٠-٤-١٩٥٦ رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٦ ، وفى ١٠ - ٩ - ١٩٥٦ رقم ١٠٩ لسنة ١٩٥٦ ، وفى ١٥ - ٩ - ٥٦ رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٦ ، وفى ٢٥ - ٣ - ١٩٥٧ رقم ٢ لسنة ١٩٥٧ وفى ٢٠ - ٥ - ١٩٥٧ رقم ٥ لسنة ١٩٥٧ ، وفى ٢١ - ١٠ - ١٩٥٧ رقم ١ لسنة ٥٧ وفى ٢٨ - ١٠ - ١٩٥٧ رقم ٣ حبس . وكلها أحكام غير منشورة - محكمة الأقصر الجزئية فى ١٤-٤-٥٦ رقم ٤٩ س ١٩٥٦ مذكور فى خفاجى ورابح ص ٢٧٩-٢٨١ .

(٣) فقد نصت المادة ٥ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على أن « تتبع أحكام قانون =

وبصرف النظر عن كون هذه المسألة من مسائل الاجراءات التى تطبق فى شأنها أحكام قانون المرافعات وما يكملها من الأحكام الواردة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، أو كونها من المسائل الموضوعية التى تطبق على المسلمين فقط ، إعمالا لنص المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ [(١)] ، فانه يمكن أن يقال تأييدا لهذا الاتجاه ، الذى يرى تطبيق حكم المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم على غير المسلمين، أن الشريعة الاسلامية لم تنفرد وحدها بذلك دون الشرائع الملية . بل إن من القواعد الخاصة بطوائف غير المسلمين ما يجيز الالتجاء إلى الإكراه البدنى للوفاء بدين النفقة [(٢)] . ومن ناحية أخرى ، إن تطبيق حكم المادة ٣٤٧ سالف الذكر على غير المسلمين يتفق مع اتجاه مرغوب فيه هو توحيد القواعد بالنسبة للجميع من مسلمين وغير مسلمين ، وبصفة خاصة فى

= المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف والتى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها » . ولما كانت المادة ١٣ من القانون ٤٦٢ سالف الذكر لم تلغ المادة ٣٤٧ ضمن المواد التى ألغيت فان حكمها يطبق بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين ، باعتبار أنها مسألة من مسائل الاجراءات التى تتبع فى قضايا الأحوال الشخصية والتى أبقيت النصوص الخاصة بها بقصد تيسير الاجراءات فى هذا النوع من القضايا ، حيث وجد أن من الخير الابقاء عليها ، كما جاء فى المذكرة الايضاحية للقانون ٤٦٢ .

(١) أنظر فى هذا مذكراتنا سالفة الذكر لطلبة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية ، ١٩٥٧ ص ١٢١ . وأنظر كذلك محمد نمر وألفى بقطر : الأحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية من المصريين ، السابق ، ص ٢٦٥ — ٢٦٦ .

(٢) تنص المادة ١٠٢ من مجموعة **الأرمن** على أنه « إذا امتنع المحكوم عليه بالنفقة عن أدائها يلجأ إلى المحكمة التى أصدرت الحكم أو المحكمة الكائن بدائرتها محل التنفيذ فاذا ثبت أنه قادر على الأداء قضت المحكمة بحبسه لمدة لا تزيد على ثلاثين يوما . ويجب على المحكمة إعفاءه من العقاب إذا أدى ما عليه أو قدم كفيلا موسرا . وكل هذا لا يمس الحق فى تنفيذ حكم النفقة بالطرق العادية » . وتنص المادة ١١٩ من مجموعة **السريان** على أن « الزوج الذى يتغاضى عن امرأته بغضه أو تباخلا ، يحكم عليه رئيس الكهنة بنفقة لزوجته أو يسلمه إلى المحكمة النظامية فتطرحه فى السجن حتى يطيع ...

مسألة من المسائل التى لا تمس العقيدة الدينية فى شىء . هـذا بالإضافة إلى أن العقوبة المنصوص عليها فى المادة ٣٤٧ أخف من العقوبة التى تنص عليها فى المادة ٢٩٣ عقوبات ، والتى يمكن تطبيقها فى هذا الصدد إذا لم تطبق المادة ٣٤٧ من اللائحـة الشرعية ، لأن نص قانون العقوبات نص عام يسرى على جميـع المواطنين [1] .

هذا ويراعى أنه ينبغى لتطبيق المادة ٣٤٧ أن يصير الحـكم الصادر بالنفقة نهائيا [2] .

---

(١) وتنص المادة ٢٩٣ عقوبات على أن : « كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو أقاربه أو أصهاره ، أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن ، وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع ، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى ، أو باحـدى هاتين العقوبتين . ولا ترفع الدعوى عليه إلا بناء على شـكوى من صاحب الشأن . وإذا رفعت بعد الحـكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة ، فتكون عقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة . وفى جميع الأحوال إذا أدى المحـكوم عليه ما تجمـد فى ذمته أو قدم كفيلا يقبله صاحب الشأن ، فلا تنفذ العقوبة » . وهذه الجريمة التى تنص عليها المادة ٢٩٣ تسمى « جريمة هجر العائلة » . وهى جريمة يعلق فيها رفع الدعوى العمومية على شكوى من صاحب الشأن ، كما أنه يجوز للشاكى أن يتنازل عن شكواه قبل صدور الحكم النهائى ، فتنقضى بذلك الدعوى العمومية .

وللتوفيق بين المادة ٣٤٧ والمادة ٢٩٣ صدر المرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ ، وقرر فى المادة الأولى منه أنه لا يجوز السير فى الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٢٩٣ قبل استنفاذ الاجراءات المنصوص عليها فى المادة ٣٤٧ فى الأحوال التى تطبق فيها هذه المادة الأخيرة . وتنص المادة الثانية على أنه إذا نفذ على الشخص وفقا للمادة ٣٤٧ ثم حكم عليه بسبب الواقعة نفسها بالحبس تطبيقا للمادة ٢٩٣ استنزلت مدة الاكراه البدنى من مدة الحبس التى يحكم بها طبقا للمادة ٢٩٣ أو من مبلغ الغرامة المحكوم بها طبقا لهذا النص الاخير باستنزال عشرة قروش عن كل يوم من أيام الاكراه البدنى الذى سبق تنفيذه طبقا لاحكام المادة ٣٤٧ .

(٢) فاذا كان الحكم المطلوب التنفيذ بمقتضاه قابلا للاستئناف ، فلا يجوز التنفيذ بالحبس حتى يصبح الحكم نهائيا لان الحبس يضر بمن يقع عليه ضررا غير قابل للتعويض ، فلا يجوز توقيعه إلا إذا كان السبب الموجب له غير قابل للزوال .

وفى جميع الحالات يلزم أن يكون المحكوم عليه بالنفقة قادراً على الدفع . فاذا لم يكن كذلك لا يحكم عليه [1] .

ويراعى أخيراً أن تنفيذ العقوبة يوقف ويخلى سبيل المحكوم عليه إذا قام بأداء المحكوم عليه به ، أو إذا أحضر كفيلا يقبله صاحب الشأن .

تقادم دين النفقة وانقضاؤها : لا جدال فى أن النفقة تظل مستحقه طالما بقيت الحياة الزوجية ، إلا إذا وجد سبب من الأسباب التى تؤدى إلى إسقاطها على النحو الذى بيناه من قبل ، كما إذا نشزت الزوجة مثلا ، وهى تظل مستحقة للزوجة على زوجها ، ولو لم تكن محتبسة من أجله إذا كان سبب عدم الاحتباس من جانبه ، مهما طالت المدة [2] . وهذه مسألة لاتثير أى خلاف نظراً لأن النفقة أثر مترتب على الزواج ، ويظل هذا الأثر طالما بقيت الزوجية قائمة ، حتى ولو لم تحصل معاشرة ، على ما بينا .

= (انظر محكمة الاسكندرية الجزئية فى ٢٤-٩-١٩٥٦ رقم ١٢٨ لسنة ١٩٥٦ ، وفى ١٥-١٢-١٩٥٦ رقم ١٩٢ لسنة ١٩٥٦ ، وفى ١١-٢-١٩٥٧ رقم ٥ لسنة ١٩٥٦ وحكم آخر فى التاريخ نفسه (رقم ١ سنة ١٩٥٧) ، وقد قضت المحكمة فى هذا الحكم الأخير بوقف الدعوى حتى يفصل نهائياً فى النفقة . وجميع الأحكام السابقة غير منشورة) . وهذا ما يتضح كذلك من نص المادة ٢٩٣ عقوبات إذ تنص على أن يكون الحكم القضائى واجب النفاذ .

(١) إذ متى ثبت للمحكمة عسر المدين ، فلا محل لأمره بأداء النفقة ، وبالتالى لا يسوغ حبسه . (جزئى الاسكندرية فى ١٨ — ١١ — ١٩٥٧ رقم ٢ لسنة ١٩٥٦ (غيرمنشور) .

(٢) وفى حكم لمحكمة الاسكندرية الجزئية للأحوال الشخصية (٢٠ - ١٠ - ١٩٥٨ رقم ٥ لسنة ١٩٥٨ (غير منشور) ، قضى للزوجة بالنفقة من المجلس الملى للأقباط الأرثوذكس فى القضية رقم ٧٥ لسنة ١٩٤٢ ، وظلت الزوجة تقبض نفقتها حتى شهر مارس ١٩٥٧ حيث تم الصلح بين الزوجين . ولما لم يف بالتزاماته فى عقد الصلح عادت محكمة الأحوال الشخصية إلى القضاء للزوجة.

ولكن الذى يعرض فى هذا الصدد هو البحث عن المدة التى يجوز فيها المطالبة بالنفقة . إن النفقة تعتبر دينا فى ذمة الزوج من الوقت الذى يمتنع فيه عن أدائها مع وجوبها عليه . هذا الدين لا يسقط إلا بالأداء أو الابراء [1].

وإذا كانت النفقة تعتبر دينا من وقت وجوبها على هذا النحو ، فانه يصح إبراء المدين بها مما استحق منها فعلا . أما ما لم يستحق ، فلا يصح الابراء منه [2] ، وإذا ما نشزت الزوجة ، فانها لا تستحق النفقة من وقت النشوز ، ولكنها تستحقها عن المدة السابقة ، لأنها دين فى ذمة الزوج عن المدة السابقة على النشوز . لكن هل يمكن المطالبة بدين النفقة عن أية مدة ؟

الأصل العام ، كما قدمنا ، هو أن دين النفقة يستحق من وقت وجوبه ، ولا يسقط إلا بالاداء أو الابراء . ومعنى ذلك أنه يمكن المطالبة بالنفقة عن أية مدة سابقة . ولكن المشرع حرصا منه على عدم إرهاق الأزواج الملزمين بها نص فى المادة ٩٩ فقرة ٦ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، على أنه « لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ رفع الدعوى » . هذا الحكم مطبق بالنسبة للمسلمين ومن تسرى عليهم أحكام الشريعة الاسلامية ، بصفة عامة . فهل يمكن تطبيقه بالنسبة لغير المسلمين .

إن القاعدة الواردة فى النص السابق قاعدة موضوعية ، ولهذا فان حكمها لا يمتد إلى غير المسلمين ، تطبيقا للمادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وإذا كان هذا النص لا يسرى بالنسبة لغير المسلمين المتحدى الطائفة والملة . فماذا يكون الحكم بالنسبة لهم ؟

---

(١) انظر المادة الأولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ . وانظر أيضا : محمد يوسف موسى أحكام الأحوال الشخصية ، السابق ص ٢٣٠ ، ٢٣٥ . عمر عبد الله : السابق : ص ٢٧٠ وما بعدها . محمد أبو زهرة ، السابق ص ١٤٥ وما بعدها .

(٢) انظر فى هذا محمد يوسف موسى ، السابق ، ص ٢٣٥ - ٢٣٦ .

لم يرد فى القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة حل لهذه المسألة ولهذا يمكن القول بالرجوع إلى القواعد العامة فى القانون المدنى بالنسبة لسقوط دين النفقة بالتقادم من تاريخ استحقاقه مع وجوبه ،وخاصة إذا علمنا أن النفقة تترتب على عقد الزواج الصحيح ، كما أشرنا إلى ذلك من قبل . وأنها بذلك تعتبر دينا فى ذمة الملتزم بها ، لا يسقط عنه إلا بالطرق العادية التى تنقضى بها الالتزامات بصفة عامة [1] . وذلك باعتباره من الديون الدورية المتجددة التى تتقادم بخمس سنوات طبقاً للمادة ٣٧٥ مدنى .

وإذا كان هذا هو الحل الواجب الاتباع فى شأن نفقة غير المسلمين ، فانه ينبغى أن يراعى ما فى تطبيقه عليهم من إرهاق للأزواج . ولا يمكن إعمال حكم المادة ٦/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، سالف الذكر ، إلا بنص تشريعى . بل إن هذه المدة التى جاءت بها المادة ٩٩ تعتبر طويلة كما يرى البعض بحق ، وقد ترهق كثيرا من الازواج . وهم لذلك يرون أنه ينبغى النص على عدم سماع دعوى النفقة عن مدة تزيد على سنة سابقة على رفع الدعوى [2] .

هذا وقد نصت القواعد الخاصة ببعض الطوائف على حالات ينقضى فيها دين النفقة ، وهى حالات يمكن تطبيقها فى هذا الصدد . من ذلك ما نصت عليه المادة ١٤٠ من مجموعة ١٩٥٥ للاقباط الارثوذكس من أن « حق النفقة شخصى ، فلا يجوز لورثة من تقررت له النفقة المطالبة بالمتجمد منها » .

---

(١) مذكراتنا سالفة الذكر لطلبة كلية الحقوق ، س ١٢٢ . انظر كذلك : جميل الشرقاوى (ط ٥٩/١٩٦٠) السابق ص ٢٩٧ . ثم انظر أحمد سلامة : المذكرات السابقة ، ص ٧٩ ومؤلفه السابق الاشارة إليه ط ٢ رقم ٣١٧ ص ٦٩٨ حيث يرى أن نص المادة ٦/٩٩ يسرى على غير المسلمين كذلك باعتبار أن الشريعة الاسلامية هى الشريعة العامة فى مسائل الأحوال الشخصية . ولكن الواقع أن دين النفقة بعد أن يستحق يصبح دينا عاديا ، وتسرى عليه أحكام الديون العادية ، ما لم يوجد نص خاص يحكم التقادم الخاص به كنص المادة ٦/٩٩ والذى يسرى على من تنطبق عليهم أحكام الشريعة الاسلامية فقط .

(٢) محمد يوسف موسى ، السابق ص ٢٣٥ .

نفقة زوجة الغائب : والغائب ، كما قيل ، هو الشخص الذى لا يمكن إحضاره إلى مجلس القضاء لمقاضاته ، سواء كان غائباً عن البلد الذى توجد فيه زوجته ، أم متواريا فيه ، وسواء كانت غيبته قريبة أم بعيدة . فاذا كان للزوج مال ، وطلبت زوجته أن تفرض لها نفقة ، وأثبتت دعواها ، حكم القاضى لها بنفقة فى مال زوجها [1] .

رابعا : حقوق الزوج على زوجته ـ الطاعة

١٤٢ ـ واجب الطاعة على الزوجة لزوجها : لكى تسير الأسرة على خير وجه ، لابد من أن يعهد بمقاليد الأمور فيها إلى أحد الزوجين تكون له الرئاسة ، مع مراعاة قيام كل منهما بدوره الذى هيء له . ذلك أن إعطاء كل من الزوجين حقوقا وتحمله بالتزامات إزاء الآخر لا يعنى المساواة ، إذ أن تنظيم الأسرة يوجب الاعتراف للزوج بمركز قانونى يرجح مركز المرأة .

---

(٢) أنظر المادة ١٤٥ و ١٥٠ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس ، وانظر كذلك المسألة ٢٤ من الخلاصة القانونية بالنسبة لحالة ما إذا غاب أحد الزوجين أو حجر عليه أو حوكم بحكم جنائى . وانظر أيضاً المسألة ٢٥ (السبب التاسع) من الخلاصة . ويقرب ما جاء فى الخلاصة من نص المادة ٥ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الذى يقضى بأنه « إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة ، فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر عليه القاضى بالطرق المعروفة ، وضرب له أجلا . فان لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للانفاق عليها طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل .

فاذا كان بعيد النيبة لا يسهل الوصول إليه ، أو كان مجهول المحل ، أو كان مفقوداً ، وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضى .

وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة »

وانظر بالنسبة لأحكام نفقة الغائب : محمد يوسف موسى ، السابق ص ٢٣٧ ـ ٢٣٩ عمر عبد الله ، السابق ص ٢٦٥ ـ ٢٧٠ محمد أبو زهرة ، السابق ص ٢٤٢ — ٢٤٥ .

والشريعة المسيحية فى هذا ـ شأنها فى ذلك شأن الشرائع الأخرى [١] ـ تجعل الرئاسة الدينية للرجل ، وتحث المرأة على الخضوع له وإطاعته . فقد جاء فى رسالة للرسول بولس « أيها النساء اخضعن لرجالكن كما للرب ، لأن الرجل هو رأس المرأة ، كما أن المسيح أيضا هو رأس الكنيسة ، وهو مخلص الجسد. ولكن كما تخضع الكنيسة للمسيح ، كذلك النساء لرجالهن فى كل شىء [٢] »

ومن ذلك يتبين لنا أن على المرأة أن تطيع زوجها وتسلم له رئاسة الأسرة . ولعل أهم ما يعرض بصدد بحث حقوق الزوج على زوجته هو وجوب الطاعة على المرأة . ولما كانت الرئاسة للرجل، وكانت طاعة الزوجة لزوجها من التعاليم التى لا يختلف فى أمرها أى مذهب من المذاهب المسيحية ، حيث جاءت بها الآيات المقدسة ، فإن الأحكام التى سنتكلم عنها فيما يلى — بشأن طاعة الزوجة لزوجها — تعد واجبة الاتباع بالنسبة للطوائف المسيحية جميعها .

---

(١) ففى الشريعة الاسلامية جاء القرآن الكريم مبينا أن : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله به بعضهم على بعض وبما انفقوا من أموالهم » . كما بين كذلك أن « لهن مثل الذى عليهن بالمعروف ، وللرجال عليهن درجة ».

(٢) رسالته إلى أهل أفسس ، الاصحاح الخامس ، عدد ٢٢ ـ ٢٤ . وجاء فى رسالته إلى تيطس (الاصحاح الثانى عدد ٤ و ٥) أن على العجائز أن « ينصحن الحدثات أن يكن محبات لرجالهن ، ويحببن أولادهن ، متعقلات عفيفات ملازمات بيوتهن صالحات خاضعات لرجالهن لكى لا يجدف على كلمة الله » . وانظر أيضاً رسالته إلى أهل كولوسى الاصحاح الثالث عدد ١٨ ، ورسالته الأولى إلى أهل كورنثوس ، الاصحاح ١١ عدد ٣ . وانظر كذلك رسالة بطرس الأولى ، الاصحاح الثالث العدد ١ و ٥ و ٦ .. وقد جاء فى هذا الصدد : أيتها النساء كن خاضعات لرجالكن ... « كما كانت سارة تطيع ابراهيم داعية إياه سيدها » .

وانظر أيضاً ما جاء فى هذا الصدد بالباب الثانى من الدسقولية (تعاليم الرسل) تحت عنوان « لأجل أنه يجب للنساء أن يخضعن لأزواجهن ويسرن بحكمه » (ص ٢٠ من الطبعة الثانية سنة ١٩٤٠) .

وطاعة المرأة لزوجها واجبة إذا ما قام بإيفاء حقوقها كاملة وأعد لها المسكن المناسب على الوجه الذى سبق لنا بيانه . ذلك أن عقد الزواج يرتب حقوقا والتزامات متبادلة بين الزوجين . فاذا قام أحدهما بالوفاء بما عليه من التزامات ، كان على الطرف الآخر أن يوفى بالتزاماته أيضاً . وإذا كانت العلاقة بين الزوجين تقوم على المحبة والوئام ، فلا يضير هذه العلاقة أن تكون الرئاسة لأكثرهما احتمالا وصبرا وبعد نظر وتعقل ، وهو الزوج ، مما جعل الشريعة المسيحية تأمر النساء بالخضوع لرجالهن « كما يخضعن للرب » . وجعل الرئاسة للرجل يستلزم أن يكون له على زوجته الطاعة ، وليس فى هذا امتهانا لكرامتها أو حطا من قيمتها . إذ ليس معنى الطاعة أن تنقاد المرأة لكل رغبات الرجل المشروعة وغير المشروعة ، وإنما إذا قيل بطاعة الزوجة لزوجها ، فان ذلك لا يكون إلا فى الحدود المشروعة . فان أمرها بغير المشروع فلا طاعة له عليها ، ولا تعتبر بذلك ناشزا . وقد وضعت المادة ٤٤ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس الحدود التى يجب على الزوجة أن تطيع فيها زوجها فقالت « يجب على المرأة أن تطيع زوجها فيما له عليها من حقوق الزوجية » . فكل ما يترتب للزوج على زوجته من حقوق ينشئها عقد الزواج ، يتعين على المرأة أن تطيعه فى فى حدودها . وعلى هذا يجب عليها أن تسكن معه ، وأن تتبعه أينما سار لتقيم معه فى أى محل لائق يختاره لإقامته . كما يكون عليها أن تحافظ على ماله وتعنى بشئون بيته وأولاده [1] . وليس للمرأة أن تغادر بيته بغير إذنه إلا للضرورة ، أو

---

(١) المادة ٤٥ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس ١٩٥٥ . وانظر كذلك المادة ١٤٢ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لفيليب جلاد .

لزيارة والديها مثلا ، كما أنه ليس لها أن تخالط أحداً بغير إذنه كذلك [1] .

وإذا كانت المرأة لا تجبر على الطاعة خارج ما يترتب على الزواج من حقوق ، إلا أن المودة والتعاون المشترك ، وغير ذلك من الأمور اللازمة لاسعاد الحياة الزوجية ، توجب عليها دائما أن تطيع زوجها وأن تنظر إلى آرائه وتوجيهاته نظرة احترام وتقدير [2] .

ولما كانت طاعة الزوجة لزوجها واجبة على هذا النحو . فهل **يمكن اجبارها على الطاعة** وإعادتها إلى منزل الزوجية ، إذا لم تمتثل من تلقاء نفسها ؟ وبمعنى آخر هل يمكن الحكم بالطاعة على الزوجة ، وتنفيذ هذا الحكم جبرا ؟

---

(١) ويرتبط بحق الزوج على زوجته فى الطاعة ، حقه فى تأديبها . ولا يقصد بذلك أن يكون من حق الزوج ضرب زوجته بحجة تأديبها ، ولكن المقصود من تخويله هذا الحق أن يستعمله بالطريقة التى تؤدى إلى إصلاحها دون أن يلجأ فى ذلك إلى وسائل القسوة ، ولعل خير ما جاء فى هذا الصدد هو ما نصت عليه المادة ١٤٥ من القواعد الخاصة بالكاثوليك والتى جمعها فيليب جلاد حيث قيل : « لما كانت الامرأة شريكة الزوج وقرينته لا خادمته ولا أمته ، فعليه أن لا يؤدبها متى أذنبت إلا إن رأى ذلك مفيداً لاصلاحها ولدفع العار . غير أن هذا التأديب يجب أن يكون صادراً عن محبته ورغبته فى البر ، وعن وفور عناية باتقان سياسة أهل البيت ، وأن يكون التأديب أخف كثيراً مما يقتضيه الذنب من الجزاء » .

ويبدو أن حق التأديب البدنى كان مرتبطا فى فرنسا بالتزام الزوجة بالطاعة ، إذ لم يعد للزوج هذا الحق بعد تعديل المادة ٢١٣ مدنى فرنسى وإلغاء واجب الطاعة (أنظر جميل الشرقاوى ، الزواج فى القانون الفرنسى ، السابق ص ٢٣٠)

(٢) ومن ذلك مثلا أن الزواج لا ينشىء للزوج سلطاناً على الزوجة من حيث الشئون المالية ، فأموالها مستقلة ، ولها كامل حرية التصرف فيها ، على نحو ما بينا من قبل (أنظر ما سبق رقم ١٣٩) ولكن نظراً لارتباطها مع الرجل بالزواج ومرؤسيتها له . يلزمها استشارته واستئذانه فيما يخص أموالها والتصرف فيها ، ما لم يكن هناك سبب يسقط عنه الأهلية ، أى يجعله غير أهل لاسداء الرأى الرشيد (أنظر المسألتين ٢٢و٢٣ من الخلاصة القانونية) .

هناك مسألة أولى يجب التسليم بها ، وهى أن **الطاعة موجودة فى الشريعة** المسيحية . وهذا ما لا ينكره أحد ، حتى من يعارض فى تنفيذ الطاعة عن طريق إجبار الزوجة ، وإن كان هناك خلاف حول طبيعتها ، فقد قيل إن الطاعة موجودة ، ولكنها طاعة روحية لا يمكن تنفيذها ، ولا يتسنى للقضاء الاكراه على هذا التنفيذ . ولا شك فى أن الشريعة المسيحية قد جاءت بنصوص صريحة تحث المرأة على الطاعة والامتثال لزوجها . وقد أشرنا إلى ما جاء فى رسالة للرسول بولس من حثة النساء على الخضوع لرجالهن كما للرب . وقد حثهن على الخضوع للرجال فى كل شيء « كما تخضع الكنيسة للمسيح » . هذه النصوص الصريحة [1] ، قد أتبعت بنصوص أخرى جاءت ضمن القواعد التى أخذت بها الطوائف المسيحية . من ذلك ما جاء به نص المادة ٤٤ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس من أنه « يجب على المرأة إطاعة زوجها فيما له عليها من حقوق الزوجية » [2] وتنص المادة ١٨ من القواعد الخاصة بالأقباط الكاثوليك على أن « الرجل رأس المرأة فعلية حمايتها وعليها طاعته . . . » . بل إن المادة

---

(١) أنظر كذلك ما أشرنا إليه فى ص ٧٢٢ هامش ٢ .

(٢) ويقابل نص المادة ٤٤ سالف الذكر المادة ٤٦ من مجموعة ١٩٣٨ ، والمادة ٢١٣ مدنى فرنسى قبل تعديلها إذ كانت تنص على أن على الزوج حماية زوجته ، وعليها طاعته **Le** mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari . وهو يقابل أيضاً ما جاءت به كتب الفقه : أنظر ما قاله ابن العسال تحت عنوان « فى محبة الرجال لنسائهم وخضوع النساء لأزواجهن » الباب ١١ ص ١١٧ . وأنظر كذلك المسألة ١٩ من الخلاصة القانونية حيث جاء بها أن « للرجل على زوجته حق الاختلاط الزوجى ... والخضوع التام إليه . . . » وقد نصت المادة ٢٦ من مجموعة **الأرمن** الأرثوذكس على أنه « يجب على الزوج أن يحمى زوجته ، ويجب على الزوجة أن تطيع زوجها » . كما نصت المادة ٢١٣ ٢٧ على أنه « يجب على الزوجة أن تسكن مع زوجها وأن تتبعه إلى أى مكان يراه مناسباً لاقامته ... » . كما تنص المادة ٤٦ من مجموعة **السريان** على أن « الرجل هو رأس المرأة فيقضى عليها أن تظهر له الخضوع التام ... »

١٩ من هذه القواعد أعطت للزوج الحق فى طلب عودتها إلى منزل الزوجية عن طريق القضاء، فنصت على أن « تعتبر الزوجة ناشزا إذا تركت محل الزوجية بغير مسوغ شرعى مما يدخل فى حكم المادة ٤٠ [1] . وفى حالة النشوز يحق للزوج أن يطلب قضائياً عودتها إلى منزل الزوجية » . كما أن المادة ١١٧ من الارادة الرسولية تقضى بأنه يجب على الزوجين أن يبقيا على الحياة الزوجية ، ما لم يعذرها من ذلك سبب عادل [2] .

من هذا يتضح أن الطاعة التزام يقع على عاتق الزوجة ، وأن أساس هذا الالتزام مستمد من الشريعة المسيحية وتعاليمها . وإذا كان للزوج على زوجته حق الطاعة ، فان عليها أن تقيم معه وتتبعه أينما كان . ذلك أن الالتزام بالطاعة يرتبط أوثق ارتباط بالتزام الزوجة بالمساكنة والمعيشة مع زوجها . وهـذا ما ينبغى إبرازه أولا .

وإذا ما انتهينا إلى أن فكرة الطاعة موجودة فى الشريعة المسيحية ، نعود إلى التساؤل هل يمكن تنفيذ هذا الالتزام جبرا ، كما هو الشأن بالنسبة للحالات التى تطبق فيها أحكام الشريعة الاسلامية ؟

---

(١) وقد بينت المادة ٤٠ ما يعتبر مسوغا شرعيا إذ نصت على أنه « يجوز لأحد الزوجين أن ينفصل عن الآخر بحكم من (المجلس) وذلك فى الأحوال الآتية : — إذ اعتنق الطرف الآخر مذهباً غير كاثوليكى ، أو ربى أولاده تربية منافية للعقيدة الكاثوليكية ، أو سلك سلوكا إجرامياً أو مضيعاً للكرامة والاعتبار ، أو جعل زوجته فى حالة خطر جسيم جسداً أو نفساً ، أو أساء إليه بحالة يصعب معها استمرار الحياة المشتركة أو ما شابه ذلك من الأسباب التى يقدرها (المجلس) ... »

(٢) وتقضى المادة ١٤٠ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لفيليب جلاد بأن « على الزوجين أن يشتركا شركة الاقتران ويسكنا معاً » .

يتجه الرأى الغالب فى الفقه الحديث إلى إمكان هذا التنفيذ ، على الأقل فى ظل الأوضاع القانونية الحالية [1] . ولكن المحاكم قد انقسمت إلى اتجاهين رئيسيين :

ففريق من المحاكم يرى أنه لا يمكن تنفيذ الطاعة جبرا . ويستند هذا الفريق بصفة عامة إلى أن المجالس الملية لم تكن تبيح نظام الطاعة ولا تنفيذه بالقوة . وأن موقف المجالس الملية فى ذلك يكون عرفا يمكن الاستناد إليه فى رفض تنفيذ الطاعة [2] . ويضيف إلى هذا أن الطاعة المسيحية تعنى واجبات روحية بحتة والتزامات لا تعدو نطاق الضمير [3] ، أو بمعنى آخر إنها طاعة أدبية بحتة ، وليس للقوة المدنية أن تتدخل لاكراه الزوجة على القيام بها إن قعدت

---

(١) أنظر تفصيلا لهذا الموضوع فى مذكراتنا لطلبة كلية الحقوق ، السابق الاشارة إليها (١٩٥٧) ص ١٢٣ وما بعدها . ومن أنصار هذا الرأى كذلك : أحمد سلامة ، مذكراته سالفة الذكر . ص ٧٥ و ٧٦ . وكتابه السابق ط ٢ رقم ٣١٢ ص ٦٨٣ وما بعدها . إهاب اسماعيل : شرح مبادىء الأحوال الشخصية ، السابق فقرة ٢٦٤ و ٢٦٥ ص ٢٨٩ — ٢٩١ . رفعت خفاجى ورابح لطفى ، المجموعة السابقة ص ٢٨٣ بالهامش . جميل الشرقاوى : الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، الكتاب الأول فى شرائع الوطنين ، ١٩٥٩ ، ١٩٦٠) ص ٢٨١ . وانظر بالنسبة للرأى المعارض : تادرس ميخائيل : السابق ص ٨٨ . محمد نمر وألفى بقطر : فى الأحوال الشخصية ، السابق ، ص ٢٥٥ وما بعدها .

(٢) أنظر الأحكام الصادرة من المجلس الملى العام بالقاهرة لطائفة الأقباط الأرثوذكس وهى ترفض دعاوى الطاعة ، فى المرجع لصالح حنفى (الطبعة الأولى) ص ٢٨٣ . وقد أشير إلى الأحكام نفسها فى مجموعة خفاجى ورابح ص ٤٧ — ٤٨ .

(٣) محكمة المحمودية الجزئية فى ٥٦/٥/١٦ رقم ٣١ لسنة ٥٦ — مشار إليه فى نفس المواضع المشار إليها فى الهامش السابق ، وكذلك دمنهور الابتدائية فى ٥٧/٢/٥ رقم ١٢٨ س ٥٦ فى صالح حنفى جزء ٢ رقم ٥٧٦-١ ص ٤٣٣ . وكذلك المحكمة نفسها فى ٥٧/٦/٤ فى المرجع نفسه رقم ٥٧٨ ص ٤٣٤ . وكذلك المحكمة نفسها فى ١٩٥٨/٥/٢٠ ، المرجع نفسه رقم ٥٧٩ ص ٤٣٦ . والمحكمة نفسها فى ٥٨/٣/٤ رقم ١٤٦ س ٥٧ المرجع نفسه جزء ٢ رقم ٥٨٩ ص ٤٥٠ - ٤٥١ .

عن تأديتها طواعية واختيارا ، أى أنه لا يجوز إكراه الزوجة على التزامها [١] . وذلك أن الاكراه يتنافى مع الآدمية ، كما أن الاجبار فى الطاعة يتنافى مع الحرية الشخصية [٢] . وإذا كانت الشريعة المسيحية تحث على الخضوع لزوجها وطاعته ، فان الخضوع المقصود هو خضوع غير مشوب باكراه ، وإنما عليهن الخضوع لأزواجهن كخضوعهن للرب ، وهو خضوع بالقلوب ، بقلوب عامرة بالمحبة ، إلا لا سلطان على القلوب إلا بالمحبة [٣] .

وتضيف الأحكام السابقة أن نظام الطاعة نظام غير منتج ، لأن فى وسع الزوجة أن تخرج من منزل الزوجية بمجرد زوال الفترة التى التزمتها بالدخول فيه ، ولا يجوز إحضارها مرة ثانية إلا بحكم جديد يدخلها فى الطاعة ، لأن الحكم الأول ينتهى بتنفيذه [٤] .

ومن بين هذه الأحكام التى لا تقبل الاجبار على الطاعة فى الشريعة

---

(١) محكمة المحمودية المشار إليه فى الهامش السابق . والاسكندرية الجزئية فى ١٥ - ١٠ - ١٩٥٦ رقم ١٦٥ لسنة ٩٥٦ (غير منشور) .

(٢) محكمة طنطا فى ١٧ - ١١ - ٥٦ رقم ١٠٦٩ — ١٩٥٦ بالجدول العمومى وفى التاريخ نفسه رقم ١٠٩٧ سنة ١٩٥٦ . الاسكندرية فى ٩ - ٩ - ١٩٥٧ رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٧ (والحكمان غير منشورين) . وقد أورد حكم محكمة طنطا كذلك صالح حنفى جزء ٢ رقم ٥٨٦ ص ٤٤٥ـ٤٤٧ .

(٣) محكمة طنطا المشار إليه فى الهامش السابق . وكذلك حكمها فى القضيتين رقم ٤٨ و ٥٧ لسنة ١٩٥٨ (غير منشور) .

(٤) الاسكندرية الجزئية فى ٢٥ نوفمبر ١٩٥٧ رقم ٨٥ لسنة ٥٧ . وكذلك فى ٣٠ - ١٢ - ٩٥٧ رقم ١٣١ لسنة ٩٥٧ .

وانظر فى عدم جواز تنفيذ حكم الطاعة جبراً كذلك : مجموعة خفاجى ورابح والأحكام المشار إليها ، ص ٢٨٥ ـ ٢٨٧ . وانظر كذلك أسيوط الابتدائية (استئناف) فى ٩ ـ ١١ ـ ١٩٦١ رقم ٢١٠ س ١٩٦٠ فى المجموعة الرسمية س ٦٠ عدد ١ رقم ٥٢ ص ٤٢٦ .

المسيحية أحكام كثيرة لا تجيب الزوج إلى طلبه بادخال زوجته فى طاعته كرها ، ولكنها ـ وضعا للأمور فى نصابها « وبما يتفق وأحكام الشريعة القبطية الأرثوذكسية » ـ تأمر بدعوة الزوجة للعودة إلى زوجها والاستمرار فى المعاشرة الزوجية . فاذا امتنعت دون حق ، كان لذلك أثره ؛ فيما يتعلق بفصم عرى الزوجية ، إذا لجأ الطرف الآخر إلى هذا السبيل (١) .

وتفريعا على هذا لجأت المحاكم إلى إسقاط نفقة الزوجة إذا لم تمتثل بالعودة إلى منزل الزوجية لمساكنة زوجها (٢) .

هذا عن الاتجاه الأول فى أحكام المحاكم . وهو يرفض بصفة عامة تنفيذ الطاعة جبرا ، ويتجه إلى دعوة الزوجة إلى المعاشرة الزوجية، فان أبت كان لهذا أثره فى سقوط حقوقها ومنها النفقة ، كما أنه يكون لذلك أثره أيضا عندما يطلب انفصام الرابطة الزوجية .

---

(١) أنظر محكمة الاسكندرية الجزئية فى الحكم رقم ٢٨ لسنة ١٩٥٦ ، وحكمها فى ٣٠ - ١٢ ـ ١٩٥٧ رقم ١٣١ لسنة ١٩٥٧ . وانظر أحكاما أخرى فى نفس هذا المعنى ، حيث تدعو الزوجة إلى المعاشرة ، صادرة من المحكمة نفسها فى ٩ ـ ٤ ـ ٥٦ رقم ٤٠ سنة ١٩٥٦ ، وفى ٢٥ - ٦ - ١٩٥٦ رقم ٧٨ س ٥٦ ، وفى ١٥-١٠-٥٦ رقم ٥٦ س ٥٦ وفى ٥ ـ ١١- ٥٦ رقم ١٤٢ س ٥٦ ، وفى ٢٩ ـ ٤ ـ ١٩٥٧ رقم ١٩ س ٥٧ ، وفى ٩ ـ٩ـ٥٧ رقم ٨٩ س٥٧ ، وفى ٢٥ نوفمبر١٩٥٧ رقم ٨٥ س٥٧ ، وفى ٢٤ـ٢ـ٥٨ رقم ٢٢ س ٥٨ ، وفى ٥ ـ ٥ ـ ٥٨ رقم ١٥ س ٥٨ وكذلك رقم ٦٣ س ٥٨ ، وفى ٢٣ـ٦ـ٥٨ رقم ٤١ س ٥٨ (وكلها أحكام غير منشور) .

(٢) محكمة الاسكندرية الجزئية فى ١٤ ـ ١ ـ ٥٧ رقم ٢٠٥ س ٩٥٦ ، وفى ٢٣ـ٩ ـ ٩٥٧ رقم ٦٩ س ٩٥٧ (غير منشورة) وكذلك دمنهور فى ٥ ـ ٢ ـ ١٩٥٧ رقم ١٢٨ س ٥٦ صالح حنفى ٢ رقم ٥٧٦ ـ ٢ ص ٤٣٤ . وكذلك المحكمة نفسها فى ٤ ـ ٦ ـ ٥٧ فى المرجع نفسه رقم ٥٧٨ خاصة ص ٤٣٦ . وانظر كذلك أسيوط الابتدائية (استئناف) فى ٩ ـ ١١ ـ ١٩٦١ المشار إليه فى الهامش قبل السابق ، وقد قرر أن عدم إطاعة المرأة لزوجها ليس جزاؤه سقوط حقها فى النفقة فحسب ، وإنما تسقط حقوق أخرى أهمها حضانة أولادها ، وحرمانها من هذا الحق كله له أثر أبلغ من إكراهها على إطاعة زوجها .

والفريق الآخر من المحاكم يرى تنفيذ الطاعة جبرا . وقد صدرت فى هذا المعنى أحكام عديدة صادرة من المجالس الملية الفرعيه ، كما صدرت أحكام أخرى من المحاكم العادية بعد أن آل إليها الاختصاص .

أما عن أحكام المجالس الملية الفرعية ، فهى خاصة بطائفة الأقباط وهى تقضى بالزام الزوجة بالطاعة ، خاصة متى كان الزوج غير مقصر فى القيام بالواجبات الزوجية ، وإعداد المسكن المناسب ، إذ فى الأخذ بنظام الطاعة صيانة للأسرة ، وعدم تعريضها لأخطار جسيمة [1] .

وإلى جانب أحكام المجالس الملية ، هناك أحكام أخرى صادرة من المحاكم العادية ، من ذلك حكم محكمة القاهرة الابتدائية (باعتبارها جهة استئنافية فى الأحكام الصادرة فى الطاعة) . وقد أقر الحكم هذا الاتجاه الثانى وبين أن الطاعة واجبة فى كافة الشرائع ، وأنها تنفذ بالقوة الجبرية سواء تعلق الأمر بالمسلمين

---

(١) وقد جاء فى أحدها أنه . « إذا هيأ الزوج لزوجته منزلا تقيم فيه معه وحدها ، مستوفياً للشروط المنزلية ، فى وسط معتدل من السكان ، وكان المسكن مناسباً شرعاً ، فلا حق للزوجة فى المطالبة بالعدول عن الطاعة » . وفى حكم آخر قضى بأنه : « إذا كانت أسباب الخلاف ترجع إلى الزوجة ، وظهر تعنتها ورفضها الصلح ، وأن الزوج يسعى لارضائها وقيام المعاشرة المسيحية بينهما ، فى حين تختلق هى أسباباً للنفور ، وجبت عليها الطاعة » . وقرر الحكم أيضاً : « أن طاعة الزوجة لزوجها واجبة وفقاً لناموس الكنيسة ، ولما جرى عليه العمل بالمجالس الملية ، إذ هى حجر الزاوية فى بناء الأسرة ، رغماً عما فى هذا الاجراء من قسوة بتداخل السلطة التنفيذية لاجراء التنفيذ بالقوة الجبرية ، إذ بدون ذلك تتعرض الأسرة لأخطار جسيمة » . ويتبين لنا كذلك من أحكام المجالس الملية فى هذا الصدد أنه متى ثبت أن الزوج قد هيأ المسكن المناسب فليس للزوجة عذر ، وعليها الطاعة . لكن إذا ثبت أن الزوج — كما جاء فى حكم آخر — لا يقيم بمفرده ، وليس له منزل خاص مستوفياً لكافة لوازمه ، بل يقيم مع والده ، فانه يحق للزوجة أن تطالب بعدم الدخول فى طاعته » . هذه هى أحكام المجالس الملية الفرعية فى هذا الصدد ، وقد أشار إليها صالح حنفى فى كتابه المرجع جزء ١ ، ص ١٨٨ والأحكام المشار إليها صادرة من مجلس ملى فرعى دمنهور .

أم بغير المسلمين . ومن المفيد أن نشير إلى بعض ما جاء فى حيثيات هذا الحكم :
« وحيث إن طاعة الزوجة لزوجها أمر واجب عليها ، ولا يمكن أن يقال إن المسيحية لا تعرف الطاعة كالتزام ، ولكن المجالس الملية بما كان لها من هيمنة على الأحوال الشخصية قبل إلغائها كانت ترفض مبدأ الطاعة ، بقصد عدم تنفيذ الأحكام بالقوة الجبرية . إلا أن الحال قد تغير بالغاء المجالس الملية . فالمادة ٣٤٥ من اللائحة الشرعية تقضى بأن تنفيذ الطاعة وحفظ الولد عند محرمه والتفريق بين الزوجين ونحو ذلك ، يكون قهر ، ولو أدى إلى استعمال القوة ودخول المنازل . وهو يسرى على المصريين جميعا على اختلاف مللهم ونحلهم . ولا محل للقول بأن تنفيذ حكم الطاعة بالقوة معناه إهدار كرامة الزوجة وتعسف من جانب الزوج ، لأن حكم الطاعة مشروط باعتبار الزوجة ناشزة لم ترع حقوق الزوج. كما أنه لا يضير تنفيذ حكم الطاعة عليها جبرا فى حين أن المادة ٢٩٣ عقوبات التى تسرى على الجميع تفرض عقوبة الحبس على الزوج عند عدم سداد النفقة الزوجية. ولربما كان قرب الزوجين لبعضهما أدعى إلى زوال النفور والبغضاء واستقرار الأسرة وحمايتها بعكس هجر الزوجة لزوجها ، فانه تقويض لكيان الأسرة ، وتشريد للأولاد وضياع لمستقبلهم [1] » .

---

(١) القاهرة الابتدائية فى ٢٦ نوفمبر ١٩٥٦ وقد أورد هذا الحكم إهاب اسماعيل فى كتابه السابق ص ٢٩٥ وكذلك حكمها فى ١٠—٣—٩٥٨ رقم ١٥٩٣ س٥٧ صالح حنفى ٢ رقم ٥٨١ ص ٤٣٧ . وهناك أحكام أخرى فى هذا المعنى : من ذلك حكم محكمة بنها الابتدائية فى ٢٧ فبراير ١٩٥٧ رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٦ (غير منشور) وقد أورده كذلك صالح حنفى جزء ٢ رقم ٥٧٧ ص ٤٣٤ . ومن ذلك أيضاً حكمان صادران من محكمة قنا الجزئية أشار إليهما صالح حنفى جزء ١ ، السابق ص٢٨٥ و ٢٨٧ . وقد جاء فى أحدهما أنه : « إذا نشزت الزوجة وخرجت عن طاعة زوجها ساغ أن يقضى له باعادتها إلى كنفه وردها إلى عصمته بشرط أن يقوم الدليل على أنه أمين عليها ، ولا يبغى من وراء الطاعة التنكيل بها أو القصاص منها » . وجاء فى الحكم الثانى أن المستفاد من النصوص الواردة فى الشريعة المسيحية =

هذا عن الاتجاه الثانى فى أحكام المحاكم . ومن الواضح أنه يقر وجود الطاعة فى الشريعة المسيحية ، ويبين أن المجالس الملية التى رفضت الطاعة كانت تخشى بصفة أساسية من تدخل السلطة التنفيذية ، وأن تنفيذ الطاعة جبراً أمر يسرى على الجميع طبقا للمادة ٣٤٥ من اللائحة الشرعية ، وأنه لا ضير من تنفيذ الطاعة فى الوقت الذى يباح فيه حبس الزوج متى امتنع عن أداء النفقة . كما يتبين من أحكام المحاكم فى هذا الصدد أيضا أنه يلزم لكى تدخل الزوجة فى طاعة زوجها أن يهىء لها المسكن الشرعى وأن يكون أمينا عليها ، وأن يقوم بالتزامه بالانفاق . وإلا كان من حقها أن تمتنع عن التزامها قبله بطاعتها إياه ، فاذا كان الزوج قد أخل بواجب معاملة زوجته بالمعروف ، فانه يكون غير أمين عليها مما يدعو إلى رفض دعواه بالمطالبة بادخال زوجته فى طاعته [1] .

هذا هو الوضع الحالى من مسألة الطاعة . فأى الاتجاهين يقوم على أساس قانونى سليم ؟

= أن هذه الشريعة تفرض الطاعة ، وأوصتها على الزوجة لزوجها . وقد ذهب البعض خطأ إلى أن هذه الشريعة لا تجيز الطاعة ، وأنه لا إكراه على الزوجة فى معاشرة زوجها وأن الغرض من الطاعة لا يتحقق إذا كانت أسباب الشقاق قائمة . ولكن هذا الرأى يتنافى مع النصوص الصريحة السابق الاشارة إليها على سبيل المثال وغيرها . فضلا عن أنه يتنافى مع طبيعة عقد الزواج الذى ينشىء التزامات متبادلة بين الزوجين . ومن شأن الأخذ بهذا الرأى توسيع شقة الخلاف .

وانظر كذلك حكم محكمة الفيوم الابتدائية فى ٢٠/١١/١٩٥٦ رقم ٦١ س ١٩٥٦ (خفاجى ورابح ص ٥٠ رقم ١١) . وكذلك حكم محكمة شبرا الجزئية (نفس المجموعة السابقة ص ٤٩ رقم ٧ . وقد أورده إهاب اسماعيل ، السابق ص ٢٩٤ – ٢٩٥) . وانظر أيضاً مجموعة الأحكام الواردة فى خفاجى ورابح ، ص ٢٨٣ – ٢٨٥ وهى تجيز تنفيذ الطاعة قهراً . وانظر كذلك حكما يوجب تنفيذ الطاعة جبرا بين **الكاثوليك** : المنيا الجزئية فى ١٥ – ٤ – ٥٧ أورده صالح حنفى جزء ٢ رقم ٥٨٣ ص ٤٣٩ – ٤٤٢ . وانظر أيضاً الأقصر الجزئية فى ٦ – ٦ – ١٩٥٦ أورده صالح حنفى ج ٢ رقم ٥٨٤ ص ٤٤٢ – ٤٤٥

(١) الاسكندرية الجزئية ١٦ – ٦ – ١٩٥٨ رقم ٦٥ س ١٩٥٨ .

لاشك أن الاتجاه الأول يعد استجابة للآراء التى انتشرت حديثا وخاصة على أثر قيام الجمعيات النسائية التى تطالب بتحرير المرأة وأعطائها حقوقها ، تنادى بالغاء نظام الطاعة لأنه يتنافى مع الكرامة الانسانية ومع مبادىء الحرية الشخصية ، كما أنه يتفق مع التطور الذى حدث فى بعض البلاد الغربية فى هذا الشأن مثل فرنسا [1] .

ومع ذلك فان الوضع فى ظل نظام القانون المصرى القائم يختلف عنه فى فرنسا . ذلك أنه إذا كان تنفيذ الالتزام جبرا عن الزوجة لم يعد مأخوذا به فى فرنسا ، فان عندهم من الجزاءات الأخرى التى يمكن توقيعها على الزوجة الممتنعة ، مالا نظير له عندنا . وإذا كان أهم مايترتب على عدم دخول الزوجة طاعة زوجها عندنا هواعتبارها ناشزاوسقوط نفقتها . فان هذا يعد جزاءا لاقيمة له ، لأنه جزاء سلبى ، وقد تكون الزوجة غنية ليست فى حاجة إليها . أما فى فرنسا فان الوضع يختلف ، إذ هناك جزاءات يمكن توقيعها على الزوج الممتنع وهى جزاءات ينبغى أن نطبقها عندنا إذا ما استجبنا لفكرة إلغاء نظام الطاعة . ففى فرنسا إذا امتنعت الزوجة عن العودة إلى منزل الزوجة دون وجه حق كان للزوج أن يمنع عنها أى مال ، فيحتفظ لنفسه بدخل الأموال المشتركة بينهما ،

---

(١) فقد كان القضاء الفرنسى فيما مضى يأمر باجبار الزوج الذى يرفض تنفيذ التزامه بالمساكنة ويستعين الزوج الآخر على إحضار المخل بتنفيذ التزامه بالبوليس ، وذلك بطبيعة الحال إذا كان الزوج الممتنع على غير حق فى امتناعه . وقد كان الفقه الفرنسى يؤيد التجاء القضاء إلى هذه الوسيلة ، لأنها ، كما قيل ، تبدو مع تقدم الزمن غريبة لا تتفق مع آداب العصر . كما رؤى إلى جانب ذلك أن الالتجاء إلى القوة لاجبار أحد الزوجين على معاشرة الآخر يعتبر وسيلة غير مجدية لأنه لا يمكن دوام المعاشرة بالقوة ، إذ يستطيع الزوج الفرار من المعيشة الاجبارية . أنظر بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق ، فقرة ١٧٢٦ ، ص ٦٠٩ .

أو بأموال الدوطة ، وحتى بأموال المرأة الخاصة بها التى يديرها هو . بل إنه يستطيع كذلك أن يمنع عنها ما يلزمها من نفقة . وهذه وسيلة لانظير لها عندنا ، نظرا لاستقلال المرأة من الناحية المالية عن زوجها .

ومن ناحية أخرى فإنه يمكن أن يحكم بالتعويض dommage - intérêts لصالح الآخر . ذلك أن عدم التنفيذ الذى لايستند إلى حق قد يكون من شأنه أن يسبب للزوج الآخر ضررا ، حتى ولو كان مجرد ضرر أدبى ؛ ولهذا فانه يخول له الحق فى التعويض .

وإلى جانب ذلك فإن المحاكم الفرنسية لم تتردد فى الحكم على الزوج الممتنع (récalcitran) بتهديد مالى لكى يرضخ لتنفيذ التزامه ، فإذا لم يمتثل ، انتهى الأمر إلى الحكم عليه بالتعويض .

وفضلا عما سبق ، يبيح القضاء الفرنسى للزوج أن يحصل على إذن القضاء بالحجز على دخل الزوجة أو وضعه تحت الحراسة Sequestre ، وذلك فى حالة ما إذا كان للزوجة أموال خاصة احتفظت لنفسها بالحق فى إدارتها فى عقد الزواج . وفى ذلك وسيلة لتجويع المرأة pour la prendre par la famine .

وأخيرا فان امتناع أحد الزوجين عن الوفاء بالتزامه بمعاشرة الآخر يعتبر إساءة بالغة injure grave يخول للطرف الآخر طلب الطلاق أو الانفصال الجثمانى ، مع اعتبار الممتنع عن تنفيذ التزامه منهما مسئولا عن الطلاق أو الانفصال [1].

---

(١) أنظر فى هذا : بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق ٢٧٢٨ - ١٧٣٠ . كولان وكابيتان مع دى لامورانديار ، السابق فقرة ١٠١٤ ص ٦٠٣ . وانظر أيضاً : جميل الشرقاوى ، الزواج فى القانون الفرنسى ، السابق فقرة ٥٤ ص ١٩٢ - ١٩٤

هذه هى الجزاءات التى يمكن توقيعها فى حالة امتناع الزوجة عن تنفيذ التزامها . وهى جزاءات شديدة ، وإن أمكن تطبيق بعضها ، فلن يتسنى تطبيقها جميعا . نظرا لاختلاف الوضع بين القانون المصرى والفرنسى من حيث الأنظمة المالية بين الزوجين ؛ ومن حيث إعطاء الزوج فى فرنسا سلطة واسعة على أموال الزوجية ، بحيث يستطيع أن يثنى المرأة عن عدم تنفيذ التزامها ، ولهذا فان أخذ بعض المحاكم عندنا بما انتهى اليه التطور فى فرنسا فى شأن الطاعة ينبغى أن يراعى بشأنه ما هنالك من فوارق بين نظامنا القانونى ونظام القانون الفرنسى .

ومع ذلك فإننا نعتقد أن الاتجاه الثانى للمحاكم هو الذى يقوم على أساس قانونى سليم فى ظل الوضع القانونى الحاضر عندنا . ولن نقف هنا لدى مايمكن أن يثار من أسانيد لتأييد فكرة الطاعة والأخذ بها [1] . ولكننا سنكتفى فى هذا المجال بإثارة حجة قانونى ينبغى ألا يتغاضى عنها أنصار الاتجاه الأول الذى يرفض تنفيذ الطاعة جبراً سواء من الفقه أو من القضاء .

لاجدال أولا فى أن الطاعة نظام تعترف به الشريعة المسيحية شأنها فى ذلك شأن الشرائع الأخرى . فمن ناحية القواعد الموضوعية فى الشريعة المسيحية يوجد هذا الالتزام فى ذاته بصرف النظر عن كيفية تنفيذه . إذ للزوج على زوجته حق الطاعة كما أن عليها أن تقيم معه وتتبعه أينما كان ، وهذا مالا ينكره أحد ، حتى المعارضون لفكرة الطاعة . ولكن الخلاف ينحصر فى نقطة أخرى هى إمكان الإجبار على تنفيذه . فهل يمكن تنفيذ الطاعة جبرا ؟ هذه هى المشكلة وهذا هو وضعها . نبادر إلى الاجابه عن ذلك بالايجاب .

---

(١) أنظر تفصيلا لتلك الأسانيد فى مذكراتنا سالفة الذكر لطلبة كلية الحقوق ، ص ١٢٤ - ١٢٧

ذلك أنه قد ورد بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية نصان هما نص المادة ٣٤٥ ونص المادة ٣٤٦ يتعلقان بتنفيذ الطاعة [1] . وهاتان المادتان واجبتا التطبيق حتى بالنسبة لغير المسلمين ، لأن الأمر الذى تتعرضان له يتعلق بمسألة من مسائل الإجراءات ، خاصة بتنفيذ حكم الطاعة الذى يصدره القاضى بين غير المسلمين تطبيقا للقواعد الموضوعية التى جاءت بهـا شريعتهم والتى توجب على الزوجة طاعة زوجها . ولما كانت هاتان المادتان لم تحذفا ضمن ما حذف من نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية [2] ، وتتعلقان باجراءات تنفيذ الأحكام الصادرة بالطاعة ، فهما تسريان على الجميع ، من مسلمين وغير مسلمين . وذلك إعمالا لنص المادة الخامسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ التى تقضى بأن « تتبع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس المالية ، عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعيـــة أو القوانين الأخرى المكملة لها » .

ومن هذا يتبين لنا أن من الممكن تنفيذ الطاعة بالنسبة لغير المسلمين ، كما هو الشأن تماما بالنسبة للمسلمين وذلك استناداً إلى نص المادتين ٣٤٥و٣٤٦من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . هذا ما نرى أنه ينبغى التسليم به فى ظل الوضع

---

(١) وتنص المادة ٣٤٥ على أن « تنفيذ الحكم بالطاعة ... يكون قهراً ولو أدى إلى إستعمال القوة ودخول المنازل . ويتبع رجال التنفيذ فى هذه الحالة التعليمات التى تعطى من القاضى الجزئى أو رئيس المحكمة (الشرعيه) الكائن بدائرتها المحل الذى يحصل فيه التنفيذ » كما تنص المادة ٣٤٦ أن « يعاد تنفيذ الحكم بطاعة الزوجة ما دامت زوجة » .

(٢) أنظر المادة ١٣ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

الحالى بالنسبة لغير المسلمين جميعاً [١] ، ما لم يعدل عن ذلك ، عن طريق إلغاء هذا الحكم من بين النصوص التشريعية . فعدم إجازه إكراه الزوجة على البقاء فى منزل الزوجية مسألة لا بد فيها من نص تشريعى صريح تلغى به النصوص الحالية الواجبة الاتباع بالنسبة للجميع .

الفرع الثانى

الآثار بالنسبة للأولاد

١٤٣ — **تمهيد** : رأينا فيما سبق أنه يترتب على قيام الزواج آثار متعددة . ومن هذه الآثار ما يترتب على الزواج الصحيح ، ومنهـا ما يترتب على الزواج الباطل . وفى صدد الـكلام عن آثار الزواج يثور البحث كذلك عن هـذه الآثار بالنسبة للأولاد . ولعل أول مايعرض فى هذا الصدد هو ثبوت النسب ، إذ هى مسألة أولية يترتب عليها قيام حقوق للأبناء على الوالدين من جهة ، وقيام

---

(١) وإذا كان الشك يثور فيما مضى حول إمكان تنفيذ الطاعة جبراً حينما كان الاختصاص للمجالس الملية ، حيث كانت ترى أن الطاعة التزام روحى لا يمكن الاكراه فى تنفيذه وحيث لم تكن تحبذ تدخل السلطة المدنية فى تنفيذ أحكام الطاعة ، فانه ليس هناك شك الآن فى إمكان التنفيذ جبراً على أساس أن هذا التنفيذ يعد من الاجراءات التى تسرى بشأنها قواعد لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على الجميع من مسلمين وغير مسلمين . ولا يمكن فى هذا الصدد الاستناد إلى ما استقر عليه قضاء المجلس الملى العام من عدم تنفيذ حكم الطاعه عن طريق الاجبار كما ذهبت إلى ذلك خطأ بعض أحكام المحاكم (أنظر مثلا حكم محكمة طنطا فى القضية رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٨ السابق الاشارة إليه) ، إذ لو فرضنا أن استقرار قضاء المجلس قد كون عرفاً قضائياً فى هذا الصدد — وهو ما نشك فيه نظراً لعدم إجماع أحكام المجالس الملية الفرعية على مسايرة المجلس الملى العام فى اتجاهه كما قدمنا — فان هذا العرف قد ألغى منذ صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الذى عمم قواعدالاجراءات على جميع المواطنين ، ولما كان تنفيذ الطاعة جبراً يعد دون جدل من مسائل الاجراءات ، فانه يخضع لهذه القاعدة الواردة فى القانون ٤٦٢ .

حقوق للوالدين على الأبناء من جهة أخرى . ولما كانت مسألة ثبوت النسب هى أهم مايعرض فى هذا المجال ، فاننا نتكلم عنها بشىء من التفصيل فيما يلى ، وذلك بعد أن نشير أولا إلى ماينشأ من حقوق وواجبات متبادلة بين الآباء والأبناء .

أولا : الحقوق والواجبات المتبادلة بين الوالدين والأبناء

١٤٣ مكرر — تحديدها احالة : — تترتب هذه الحقوق والواجبات متى ثبت نسب الأولاد من والديهم وتظل ثابتة بعد ذلك ، حتى ولو زالت الرابطة الزوجية بين الوالدين فيما بعد بالوفاة أو بأى سبيل آخر [١] .

ويقع على عاتق الوالدين واجبات على درجة كبيرة من الأهميـة بالنسبة للأولاد . وتتلخص هذه الواجبات فى المحبة والتربية .

فعلى الوالدين أن يحبا أولادهما وأن يهتما حقيقة بمصالحهم ويحافظان عليهم فى عامة الأمور . والواقع أن هذا الواجب يعد من الواجبات الخلقية ، وهو أمر طبيعى منشؤه علاقة البنوة والأبوة . ولا يتصور أن يكون هناك جزاء على مخالفته سوى ما للقواعد الاخلاقية والقواعد الدينية من جزاء [٢] .

---

(١) وقد نصت المادة ٦٧ و ٧٣ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس على أنه « لا يؤثر حكم الطلاق على ما للأولاد من الحقوق قبل والديهم » . وانظر كذلك المادة ٧١ **ارمن** .

ويختلف الوضع بالنسبة لهذا النوع من الحقوق والواجبات عنه بالنسبة للحقوق والواجبات التى تنشأ بين الزوجين ، إذ الأصل فى هذه الأخيرة هو انقضاؤها بانقضاء الرابطة الزوجية .

(٢) جاء فى رسالة بولس الرسول إلى أهل أفسس ، (الاصحاح السادس عدد ٤) : « وأنتم أيها الآباء لا تغيظوا أولادكم ، بل ربوهم بتأديب الرب وإنذاره » .

وجاء فى المادة ١٣١ من القواعد التى جمعها فيليب جلاد للطوائف الكاثوليكية : « يقترف الأبوان إثما « أولا » : إذا اتقدا قبلهما غضباً فأبغضا ولدهما حتى كرها النظر إليه بدون حق=

وإلى جانب ذلك فان على الوالدين لأولادهما كذلك واجب التربية بكل ما ينطوى عليه هذا الواجب وما يتصل به من أمور ، وسواء تعلق الامر بالتربية الروحية أم بالتربية الجسدية للأولاد . وهذا يعد من الأغراض الأساسية للزواج التى تتمثل فى إنجاب الأولاد وتربيتهم بكل ما تتطلبه هذه التربية من واجبات وأعباء . أما بالنسبة للتربية الجسدية ، فانها تستدعى العناية بالأولاد فى المراحل المختلفة من حياتهم . فنى فترة الحمل تلزم العناية بالجنين وتجنب كل ما من شأنه الاضرار به ومنع الإجهاص ... وبعد الوضع يستلزم الأمر العناية باطعام الولد وصيانته والمحافظة عليه حتى يشب ويقوى [1] . ولهذا فانه يتعين على الأم إرضاع أولادها بنفسها . فهذا واجب عليها لهم ، مالم يمنعها من ذلك مانع قوى ، وبصفة خاصة مانع صحى . أى يلزم أن تكون هناك أسباب صحية لاعفائها من هذا الواجب [2] .

وتستلزم التربية الجسدية كذلك إحاطة الأولاد بالعناية اللازمة من الناحية الجسمية ، وذلك طبقا لظروف الوالدين ، وبالتعاون بينهما . فعليهما أن يهيئا له ما يحتاج إليه من نفقة وطعام وكسوة لائقة . ويظل هذا الالتزام بالاهتمام بالولد

= أو أبيا مساعدته عنداحتياجه . « ثانياً » : إذا لقباه بألقاب مهينة جداً بحيث يجعله يستشيط غضباً ، فمن ثم يتمرد ويعصى ... « ثالثاً » : إذا أظهرا فواحشه لأجنبى بدون داع موجب مقبول . « رابعاً » : إذا فرطا فى الميل حتى أباحا له كل ما يهواه أو قصرا فى التشديد عليه لردعه عن المنكرات . « خامساً » : إذا فضلا أحد أولادهما على الباقين بدون علة موجبة » .

(١) أنظر القواعد الخاصة بالكاثوليك لفيليب جلاد ، السابق مادة ١٣٣ . وكذلك De Semt ، السابق ص ٢٠٨ . وانظر كذلك المادة ١٢١ و ١٢٦ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للاقباط الأرثوذكس ، والمادة ٣٠ وما بعدها **أرمن** أرثوذكس .

(٢) أنظر المادتين ١٣٥ و ١٣٦ من القواعد السابقة لفيليب جلاد ، De Smet ، السابق ص ٢٠٨ وهامش ٤ .

والمحافظة عليه ، حتى يستطيع أن يكفل نفسه من سعيه وكده ؛ وعليهما أن ييسرا له ذلك ، سواء عن طريق ترك مال له يستعين به أو عن طريق تعليمه التعليم الذى يؤهله لمواجهة الحياة [١] .

أما عن واجب التربية الروحية ، فانه يتضمن التعليم والتربية العقلية والخلقية والدينية . فعلى الوالدين العناية بتعليمه وتنمية مواهبه وتقويه إرادته وعزيمته . كما أن عليهما كذلك أن يربيا أولادهما على حسب الفضيلة وكره الرذيلة والابتعاد عنها ، والخوف من الله والبعد عن كل ما يدنس النفوس . وعلى الوالدين المسيحيين أن يعنيا بتربية أولادهما تربية مسيحية . وفى كل هذا يلزم أن يكون الوالدان قدوة حسنة للأولاد [٢] . وواجب التربية الروحية يعد من الواجبات المشتركة التى يتعين على الوالدين القيام به بالتعاون بينهما ، مع مراعاة ما للرجل من الرئاسة فى الأسرة ، إذ أن له الادارة والتوجيه بالنسبة لما يهم الأسرة والأولاد .

هذه الواجبات المتعلقة بالتربية الجسدية والروحية وما يستتبعها من التزام الأم بالإرضاع والحضانة ، والتزام الأب بالإنفاق ، ومن ثبوت الولاية على نفس الصغير وما له ، تعتبر حقوقا للأولاد قبل والديهم .

ومن ناحية أخرى ، فان الأولاد يلتزمون كذلك بالتزامات متعددة قبل

---

(١) أنظر المادة ١٣٣ من القواعد المشار إليها فى الهامش السابق . وكذلك De Smet ص ٢٠٨ - ٢٠٩ .

(٢) أنظر المادة ١٣٤ من القواعد السابقة . وDe Smet ص ٢٠٩ .

الوالدين ، التزامات دينية وخلقية [1] ، إلى جانب الالتزامات القانونية الناشئة عن القرابة . فيجب على الولد فى أى سن أن يحترم والديه ويحسن معاملتهما [2] . كما يجب عليه كذلك أن يبقى تحت سلطة والديه حتى سن البلوغ . وإلى جانب ذلك فان على الأولاد الالتزام بالانفـــاق على الوالدين وتقديم ما يحتاجانه لمعيشتهما .

وأيا كان الأمر بالنسبة لهذه الحقوق والواجبات بين الآباء والأبناء ، فاننا لن نتعرض لها فى هذا المجال بالتفصيل ، وسنرجىء الكلام عن النواحى القانونية من هذه الآثار التى تترتب بالنسبة للأولاد لما بعد ، وخاصة عند الكلام عن الآثار التى تترتب على انحلال الرابطة الزوجية ورابطة القرابة .

ثانيا : ثبوت النســـب

١٤٤ ـ **تمهيد** : قبل أن نعرض بتفصيل لموضوع ثبوت النسب نود أن نشير إلى أن هذه المسألة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية ، طبقا لما جاء فى المادة ١٣ من قانون نظام استقلال القضاء . وهذا يعنى أنه يتعين تطبيق أحكام شرائع غير المسلمين بالنسبة لما يتعلق به . ولا جدال فى هذا ـ كما قدمنا ـ إذا ما رفعت

---

(١) أنظر سفر الأمثال : الاصحاح ١٩ عدد ٢٦ حيث جاء : « المخرب أباه ، والطارد أمه هو ابن مخز ومخجل » . وفى رسالة بولس الرسول إلى أهل أفسس (اصحاح ٦ عدد ١ و ٢ حيث جاء : أيها الأولاد أطيعوا والديكم فى الرب لأن هذا حق . أكرم أباك وأمك التى هى أول وصية بوعد .. » . وانظر فى هذه الوصية الأخيرة (أكرم أباك وأمك . .) وما جاء فى شأنهـا من واجبات الوالدين لأولادهم وواجبات الأولاد لوالديهم : محاضرات للارشمندريت « ثاوفانوس شار » عن وصايا الله العشر وكما هـا فى شريعة يسوع الملك ، ألقاها فى كاتدرائية الروم الكاثوليك بالقاهرة (مطبعة القديس بولس فى حريصا ســنة ١٩٣٧) ، ص ١٠٠ وما بعدها .

(٢) المادة ١١٩ و ١٢٤ من مجموعتى الأقباط الارثوذكس ١٩٥٥ و ١٩٣٨ .

دعوى النسب مستقلة ، كما إذا رفعت حال حياة الشخص المراد إثبات النسب منه. إلا أن الخلاف قد ثار فى حالة ما إذا لم ترفع دعوى النسب مستقلة ، ولكنها كانت متفرعة عن دعوى إرث فى تركات غير المسلمين . وقد رأينا فيما سبق أن محكمة النقض عندنا قد فصلت فى هذا الموضوع . ويؤخذ مما قررته المحكمة فى هذا الصدد أنه لما كان الفصل فى مسألة النسب يعتبر مسألة أولية قبل الفصل فى دعوى الميراث ، ولما كان تحديد صفة الشخص كوارث ينبغى أن يتم طبقا للشريعة الاسلامية ، حتى بالنسبة لغير المسلمين ، فان هذا يقتضى تطبيق أحكام الشريعة فى مسألة النسب باعتبارها مسألة أولية حتى يمكن على ضوئها تحديد صفة الشخص كوارث طبقا للشريعة الإسلامية [1]. وإلى جانب ما سبق ، فان من المسلم به أن الشريعة الإسلامية تطبق فى صدد مسائل النسب بصفة عامة إذا لم تتوافر شروط تطبيق شرائع غير المسلمين . وهذا ما قرره القضاء ، كما رأينا من قبل [2].

وعلى ذلك فاعتبار النسب من مسائل الأحوال الشخصية يجعلنا نعرض لأحكامه فى الشريعة المسيحية [3]. ويثير هذا الموضوع الكلام أولا عن

---

(١) أنظر عرض هذا الموضوع فيما سبق ، فقرة رقم ١٩ ص ٧٠ - ٧٣ .

(٢) أنظر ما سبق ص ٧٣ وهامش رقم ١ .

(٣) وقد عرضت له الطوائف المسيحية المختلفة ـ عدا الانجيليين - بصور تتراوح بين الإيجاز والتفصيل . فقد عرضت له الطوائف الارثوذكسية جميعا ، بما فيها الروم (أنظر لائحة ترتيب محاكم الكرس البطريركى بالاسكندرية ، وخاصة المادة ٤٣٢ وسنشير إليها فيما بعد . وانظر المادة ٤٩٣ وما بعدها من القانون المدنى اليونانى) كما عرضت له كذلك الارادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية الشرقية (أنظر المادة ١٠٣ - ١٠٦) . أنظر مع ذلك أحمد سلامة ، السابق ط ٢ رقم ٤٣٤ ص ٩٠٤ إذ يقول إن الارادة الرسولية وقواعد الروم لم تعرض لمسألة ثبوت النسب .

ثبوت النسب حال قيام الزوجية ، ثم ثبوت نسب الأولاد غير الشرعيين ، سواء عن طريق التصحيح أو عن طريق الإقرار بالنسب والادعاء به ، ونعرض أخيرا لمسألة التبنى إذ أنها من المسائل التى تنظمها القواعد الخاصة بالمسيحيين كذلك .

١٤٥ — (١) ثبوت النسب حال قيام الزوجية : يعتبر الأولاد شرعيين (légitimes) متى ولدوا حال قيام الزوجية . ويهتم القانون الكنسى بصالح الأولاد فيجعل منهم أولادا شرعيين ، سواء ولدوا من زواج صحيح valide أم من زواج ظنى putatif [١] .

ويأخذ القانون الكنسى فى هذا الصدد بقرينة الولد للفراش [٢] ، وهى قرينة تأخذ بها الشريعة الإسلامية ، كما أخذ بها القانون الرومانى (pater is est quem nuptiae demonstrant) . وقد تقررت هذه القرينة لصالح الأولاد . وهى ليست قاطعة ، ولكنها تقبل إثبات العكس ، عن طريق نفى نسب الولد إلى الزوج . ولا يقبل من الزوج هذا النفى إلا إذا كانت أسانيده واضحة قاطعة [٣] . ذلك أنه إذا كان يراعى فى وضع هذه

---

(١) المادة ١٠٣ من الارادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية . وانظر كذلك المادة ٤٢ و ٤٤ من مجموعتى الاقباط الارثوذكس ١٩٥٥ و ١٩٣٨ وانظر كذلك المادتين ٢٣ و ٢٤ **أرمن** . والمادة ٤٤ من قواعد الاقباط الكاثوليك .

(٢) ومقتضى ذلك أنه إذا جاءت الزوجة بولد حال قيام الزوجية بينها وبين زوجها ، فان نسب هذا الولد يثبت من الزوج متى توافرت الظروف التى سنبينها فيما يلى .

(٣) فولادة الزوجة مبكراً ، بعد الزواج بفترة قصيرة ، يعتبر سبباً يدعو إلى النظر فى قيمة قرينة الولد للفراش . إذ يمكن يكون الحمل قد تم قبل الزواج من شخص آخر . ومن جهة أخرى فان المعيشة الزوجية المشتركة قد تنقضى قبل الولادة بفترة طويلة لا يعاشر فيها الزوج زوجته معاشرة الازواج ، بحيث لا يمكن قبول تطبيق القرينة . ولهذا فانه لا يمكن إعمال قرينة الولد للفراش بصورة مطلقة .

القرينة مصلحة الأولاد الذين يولدون حال قيام الزوجية ، إلا أن مراعاة مصلحة الأب نفسه ومصلحة الورثة من جهة أخرى تقتضى ألا ينسب إلى الأب ولد ليس منه .

ولما كانت فترة الحمل عند المرأة من المسائل التى لا يمكن معرفتها على وجه الدقة ، فقد أدى ذلك إلى اختلاف الفقهاء حول تحديدها . ولهذا نجد أنهم قد لجأوا إلى قرينة أخرى قاطعة لكى يصححوا من تطرف قرينة الولد للفراش. فلكى يعمل بقرينة الولد للفراش قرر الفقهاء أنه يلزم أن يكون قد مضى على الزواج ستة شهور (أو ١٨٠ يوما) على الأقل منذ قيام الحياة الزوجية بين الطرفين ، سواء كان ذلك من وقت بدء الحياة الزوجية بالعقد ، أو من الوقت الذى أعيدت فيه الحياة المشتركة بعد فترة الانفصال المؤقت بينهما . وقد أخذت الطوائف المسيحية التى نظمت ثبوت النسب بهذا الحكم . إذ رأوا أن أقل مدة للحمل هى ستة أشهر ، فاذا ولدت الزوجة ولدا فى تمام ستة أشهر فصاعدا من حين الزواج ، ثبت نسبه للزوج. ومفهوم ذلك أنه إذا ولد قبل ستة أشهر كان للزوج أن ينفى نسبة منه [1] . هذا من ناحية أقل مدة للحمل .

---

(١) أنظر المواد ٨٢ - ٨٣ من مجموعة ١٩٥٥ للاقباط الارثوذكس وما يقابلها من مجموعة ١٩٣٨ ، والمادة ١٣٩ **سريان** وتقضى بأن أقل مدة للحمل ستة أشهر ، والمادة ٨٥ **أرمن** وهى تأخذ بقرينه الولد للفراش وتجعل أقل مدة للحمل ١٨٠ يوما من يوم الاحتفال بالزواج . وهذا ما نصت عليه كذلك المادة ١٠٤ من الارادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية الشرقية ، والمادة ٤٢ للأقباط الكاثوليك .

وإلى جانب ذلك يراعى ما تقضى به المادة ٨٦ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس (١٩٥٥) إذ تنص على أنه : « ليس للزوج أن ينفى الولد المولود قبل مضى ستة أشهر من تاريخ الزواج فى الأحوال الآتية : أولا : إذا كان يعلم أن زوجته كانت حاملا قبل الزواج . ثانياً : إذا بلغ عن الولادة أو حضر التبليغ عنها . ثالثاً : إذا ولد الولد ميتاً أو غير قابل للحياة » (وفى هذا المعنى كذلك نص المادة ٨٨ **أرمن** ، إذاً تجعل الولد المولود قبل ١٨٠ يوما من =

أما من حيث أقصى مدة للحمل ، فقد رأى الفقهاء تحديدها بعشرة أشهر كاملة (أو ٣٠٠ نوم) من تاريخ آخر صلة تمت بين الزوجين . ومعنى ذلك أنه إذا انتهت الحياة الزوجية ، فان المولود الذى تأتى به المرأة خلال عشرةشهور من تاريخ هذا الانتهاء يعتبر من الزوج وتطبق بالنسبة له قرينة الولد للفراش . وكذلك الحكم فى حالة ما إذا حصل انفصال بين الزوجين وانتهت المعاشرة ، فان مدة العشرة شهور تحتسب من تاريخ هذا الانتهاء . فاذا جاءت المرأة بولد بعد عشرة أشهر كان للزوج أن ينفى نسبه منه [1] .

= الزواج شرعياً ، ما لم ينكره الزوج ، ولا يجوز الانكار إذا علم الزوج بأن المرأة حامل قبل الزواج ، أو إذا حضر كتابة شهادة الميلاد ، أو عماد الطفل ووقع الشهادات بنفسه أو استلمت هذه الشهادات على اقراره بأنه لا يستطيع التوقيع . وانظر كذلك المادة ١٤٠ **سريان** وهى تقضى بأنه إذا أراد الزوج نسبة المولود إليه ولو كان أقل من ستة أشهر صح قوله) .

والحكم الذى جاء به النص السابق لدى الأقباط الأرثوذكس مأخوذ بصفة عامة عن القانون المدنى الفرنسى (أنظر المواد ٣١٢ ومابعدها) وهو يخالف ما كان يقره الفقه التقليدى لهذه الطائفة . فقد جاء فى المسألة ٣٤ من الخلاصة القانونية أنه « إذا اتفق أن الزوجة بعد اقترانها بالرجل فى أثناء العام الذى تزوجت فيه تلد مولودا كامل الأشهر ، فلا يعتبر أنه نسلا لزوجها إلا إذا كانت ولدته فى ختام تسعة أشهر لاقترانها به ، كما أنها لو وضعت بعد مضى سبعة أشهر فلا يعتبر المولود أنه من نسل زوجها إلا إن حكم طبيا أنه ناقص الأشهر ، أعنى ابن سبعة اللهم إلا أن يكون الرجل وقع قبل الزواج بتلك المرأة وهى بكر وافتض بكارتها وكلف بالزواج بها رسميا حال حملها منه . فحينئذ يكون المولود منها بعد زيجتها به نسلا له » . وقد أخذت مجموعة **السريان** بهذه الأحكام الواردة فى كتب الفقه للأقباط ، وذلك فى المواد ١٣٧ ، ١٣٨ و١٤١ .

(١) أنظر المادة ٧٢ و٨٨ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس (١٩٥٥) ، أنظر كذلك المادة ١٤٢ **سريان** حيث تجعل للرجل نفى المولود من امرأته بعد الانفصال المحقق عنها بمدة تزيد على عشرة شهور ، مالم يثبت أن تأخير الجنين كان لسبب يقره (أنظر النص مع مراعاة أن المادة ١٣٩ من مجموعة السريان تقضى بأنه قد تتخطى مدة الحمل إلى « ستة عشر شهرا أو أكثر » والحكم فى ذلك يرجع إلى الأطباء » . وانظر كذلك المادة ٨٩ **أرمن وهى** تجعل الولد شرعيا إذ ولد فى مدة الـ ٣٠٠ يوم اللاحقة على فسخ الزواج أو الحكم بالانفصال ، مع إجازة إنكاره إذا كان هناك حائل طبيعى يمنع اتصال الزوج بزوجته فى المدة السابقة على =

ومن هذا يتبين أن إعمال قرينة الولد للفراش يقتضى أن يكون قد مر على بدء المعاشرة بالعقد ستة شهور على الأقل ، أو أن يكون الوضع قد تم خلال عشرة أشهر من تاريخ آخر علاقة تمت بين الزوجين ، وفى جميع الحالات يعتبر الشهر فى هذا الحساب ٣٠ يوما ، أى أن أقل مدة للحمل هى ١٨٠ يوما وأقصاها ٣٠٠ يوم . ومعنى إعمال القرينة على هذا النحو أنه ليس للزوج – الأصل – أن ينفى نسب المولود ، بل إنه ليس له أن ينفيه « فى ادعائه عدم المقدرة على الاتصال الجنسى » كما تقضى بذلك القواعد الخاصة ببعض الطوائف [1] . ومع ذلك فقد أباحت القواعد الخاصة ببعض الطوائف [2] . إمكان نفى الزوج للولد حتى مع قيام هذه القرينة خلال المدد سالفة الذكر .

= الفسخ بحيث إذا أضيفت هذه المدة إلى المدة اللاحقة على الفسخ لغاية الولادة بلغت ٣٠٠ يوم . وقد نصت على ذلك أيضا المادة ١٠٤ / ٢ من الإرادة الرسولية بالنسبة للكاثوليك .

وتنص المسألة ٣٥ من الخلاصة القانونية على أن « للرجل نفى المولود من امرأته فى أثناء انفصاله عنها انفصالا ظاهراً محققا ، كأن يسافر أو يؤسر أو يبعد لحكم جنائى وغير ذلك مما يؤكد انفصاله عن خلطة زوجته الفراشية ، واستمر على ذلك الانفصال مدة ثم وضعت المرأة مولودا بعد تاريخ انفصاله عنها بعشرة أشهر أو أكثر من ذلك ، ولم يكن للمرأة دليل شرعى يدل على تأخير الجنين فى بطنها زيادة عن الشهور المعتبرة للحمل بواسطة عرض معتبر اعتبارا طبيا محققا لا شبهة فيه . وحينئذ إذا أثبت الرجل نفى ذلك المولود عن أن يكون من نسله وتعين وقوع المرأة فى الزنا فتفرق منه ، ولا يكلف الرجل بشىء لذلك المولود ، بل تتكفل به المرأة » .

وما عليه العمل فى **الشريعة الاسلامية** الآن هو أن أقصى مدة للحمل سنة شمسية (٣٦٥ يوما) وأقلها ستة شهور .

(١) أنظر المادة ٨٥ و ٩٠ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكسى ، هذا هو الحكم لدى **الأرمن** (أنظر م ٨٧) . وانظر ما يقابل هذا من المادة ٣١٣ مدنى فرنسى ، وفى بيان المقصود بعدم المقدرة فى هذه الحالة أنظر : كولان وكابيتان مع دى لاموارنديار ، السابق فقرة ١٢٨١ ص ٧٦٠ .

(٢) كما فعل القانون المدنى الفرنسى ، أنظر المادة ٣١٣ .

فللزوج أن ينفى الولد إذا أثبت أنه فى الفترة بين اليوم السابق على الولادة بعشرة أشهرة واليوم السابق عليه بستة أشهر ، كان يستحيل عليه ماديا أن يتصل بزوجته . سواء بسبب بعد المسافة بينهما أو بسبب وجوده فى السجن أو بسبب حادث من شأنه أن يجعل الاتصال بين الزوجين مستحيلا استحالة مادية . كما أن له أن ينفى الولد كذلك لعلة الزنا ، إذا كانت الزوجة قد أخفت عنه الحمل والولادة . وفى حالة رفع دعوى الطلاق يجوز للزوج أن ينفى الولد الذى يولد بعد مضى عشرة أشهر من تاريخ القرار الصادر بالترخيص للزوج بالإقامة فى مسكن منعزل أو قبل مضى ستة أشهر من تاريخ رفض الدعوى أو الصلح ، ولا تقبل دعوى النفى فى هذه الحالة إذا ثبت فى الواقع حصول اجتماع بين الزوجين [١] .

وأيا كان الأمر ، فانه ينبغى أن يراعى أنه فى جميع الحالات التى يجوز فيها للزوج نفى الولد ، يجب عليه أن يرفع دعواه فى ظرف شهر من تاريخ الولادة إذا كان حاضرا وقتها ، أو من تاريخ عودته إذا كان غائبا ، أو من تاريخ علمه بها إذا كانت أخفيت عنه [٢] ،

---

(١) المواد ٨٤و٨٥و ٨٧ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس وما يقابلها من مجموعة ١٩٣٨ ، وانظر كذلك المادة ١٤٢ **سريان** أرثوذكس ، وكذلك المادة ٨٦ و٨٧ و٨٩ بالنسبة **للارمن** . وانظر أيضا المادة ٤٣ من قواعد **الأقباط الكاثوليك** وهى تجعل للزوج الانكار إذا كان « فى استحالة مادية من مساكنة زوجته ، سواء كان ذلك بسبب بعد الشقة أو **بسبب العاهة** » فهى تجعل العاهة التى يستحيل معها ماديا الاتصال بزوجته سببا يصح معه الانكار» . وانظر ما يقابل النصوص السابقة من القانون المدنى الفرنسى المواد ٣١٢و٣١٣ (معدلة بقانون ١٩ فبراير ١٩٣٣) . وانظر ما جاء فى المادة ٦٥ من مجموعة السريان وهى تقضى بأنه لا يستطيع الرجل أن يتبرأ من وليد امرأته إن عاش ثلاثة أيام من الولادة ولو أثبت زناها ، إلا إذا أثبت انه من مدة سبعة أشهر سابقة الميلاد لم يعرفها ، لأن الأجنة الذين يولدون فى مدة أقل من هذه لا يعيشون أبداً . وانظر كذلك المادة ٦٦ وقد جاء فيها أن الرجل الأبيض لا يستطيع أن يتغرب عن وليد أسود يولد له ، لأن تصورات الحواس هى أسباب المشابهة (انظر ما أورده النص فى الاستدلال على ذلك) .

(٢) المادة ٨٩ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس . وهى مستمدة مع تعديل طفيف بالنسبة للمدة من نص المادة ٣١٦ مدنى فرنسى . وانظر كذلك المادة ٩٠ **أرمن** وهى تقضى بأنه يجب فى كل الأحوال أن ترفع دعوى الإنكار خلال شهر إذا كان الزوج موجودا فى محل =

ودعوى نفى الأبوة من حق الزوج وحده . ومع ذلك فان بعض الطوائف تقضى بأنه فى حالة وفاته قبل انقضاء المواعيد السابق بيانها دون أن يرفع دعواه يكون لورثته الحق فى نفى الولد فى ظرف شهر من تاريخ وضع يده هو أو وليه على أعيان التركة ، أو من تاريخ منازعته لهم فى وضع يدهم عليها [١] .

هذا ، ويثبت النسب عن طريق مستخرج من السجلات يتضمن صورة من القيد الذى أجرى فى سجل المواليد . وإذا ما وجد هذا المستخرج من السجلات الرسمية الخاصة بالمواليد ، فان البنوة تثبت عن طريقه ، ولا يمكن اثبات عكس ماجاء به أو بالسجلات ، كما لا يمكن إثبات بطلانه أو تزويره إلا بحكم قضائى . أما إذا لم يوجد هذا الدليل أصلا ، فان الإثبات يكون جائزا بكافة

= ولادة الطفل . فاذا كان غائبا ترفع فى خلال شهرين . وإذا أخفيت عنه الولادة كان له أن يرفع الدعوى خلال شهرين من اكتشاف الغش .

ويقرب هذا مما جاءت به **الشريعة الأسلامية** . ذلك أنه إذا جاءت الزوجة فى الزواج الصحيح بولد بعدستة أشهر أو أكثر من حين عقد الزواج ، فانه يثبت نسبه منه تطبيقا لقرينة الولد للفراش . ولا يجوز للزوج أن ينفى نسب الولد منه فى هذه الحالة إلا بشرطين : ١ — أن يكون نفيه وقت الولادة أو وقت الاعداد لها بشراء ما يحتاج إليه فى الولادة ، أو فى أيام التهنئة المعتادة بالولادة . هذا إذا كان الزوج حاضراً . أما إذا كان غائباً فوقت علمه بالولادة . فاذا سكت الزوج عن نفى النسب إلى أن مضت مدة النفى اعتبر هذا إقرار منه ، فلا يقبل منه نفى النسب بعد ذلك . فهذا الشرط يتعلق باقرار الزوج للنسب صراحة أو ضمنا . ٢ — أن يلاعن زوجته بالطريق الذى رسمته الشريعة الاسلامية لذلك (انظر فى هذا : عمر عبد الله ، السابق ص ٤١١ — ٤١٢ . محمد أبو زهرة ، السابق ص ٣٨٩) .

هذا ويراعى أن المادة ١٥ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تنص على أنه : « لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاق بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة » .

---

(١) المادة ٩٠ و ٩٥ من مجموعتى الأقباط الأرثوذكس ويقابلها المادة ٣١٧ مدنى فرنسى .

الطرق بما فى ذلك البينة والقرائن [1] . وتنص المادة ٩١ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس (١٩٥٥) [2] على أنه عند عدم وجود شهادة تكفى حيازة الصفة possession d'état ، وهى تنتج من اجتماع وقائع تكفى للدلالة على وجود رابطة البنوة بين شخص وآخر . ومن هذه الوقائع أن الشخص كان يحمل دائماً اسم الوالد الذى يدعى بنوته له ، وأن هذا الوالد كان يعامله كابن له ، وكان يقوم على هذا الاعتبار بتربيته وحضانته ونفقته ، وأنه كان معروفاً كأب له فى الهيئة الاجتماعية ، وكان معترفاً من العائلة كأب . فاذا لم يوجد مستخرج رسمى ولا حيازة صفة يمكن إثبات البنوة بشهادة الشهود المؤيدة بقرائن الأحوال .

١٤٦ — ٢ — **نسب الأولاد غير الشرعيين** : وفى هذا الصدد نتكلم أولا عن تصحيح النسب، ثم نتكلم عن الاقرار بالنسب والادعاء به ، كما نتكلم أخيراً عن إثبات نسب الأولاد غير الشرعيين أمام القضاء .

(ا) **تصحيح النسب** : lègitimation des enfants : قد يولد ولد من أبوين غير متزوجين ، ويريد الأبوان إصلاح ما أعوج من سلوكهما بقدر

---

(١) وتنص المادة ٣٠ مدنى على أن : « تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك . فاذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات جاز الإثبات بأية طريقة أخرى » . وقد أشارت المذكرة الايضاحية فى شأن هذا النص إلى أن قانون الأحوال الشخصية هو الذى يحدد قوة الاثبات للطرق المختلفة . ويراعى أن القانون فى حالة ما إذا وجد مستخرج رسمى من سجلات المواليد ، قد حدد إثبات العكس ، بأن يكون ذلك بحكم قضائى . (انظر المادة ١١ من القانون ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الأحوال المدنية) . « فالسجلات بما تحويه من بيانات والصور الرسمية المستخرجة منها ، حجة بصحتها ، ما لم يثبت عكسها أو بطلانها أو تزويرها بحكم » .

(٢) أنظر المواد ٣١٩ وما بعدها من القانون المدنى الفرنسى . وأنظر كذلك مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى عندنا ، مجموعة الاعمال التحضيرية جزء أول ص ٣٢٢ — ٣٢٤ .

المستطاع . ولتشجيعهما على ذلك ، فان القانون الكنسى ييسر لهما الأمر عن طريق تصحيح الأوضاع بالزواج اللاحق ، فيصير الولد بذلك كما لو كان قد ولد خلال الزواج ، ويهتم القانون الكنسى بذلك حرصا على مصلحة الأولاد الذين لا تسرى فى شأنهم قرينة الولد للفراش .

ويعتبر القانون الكنسى الغربى للكاثوليك ، وعلى أثره القانون الكنسى الشرقى لهذا المذهب ، أكثر اتجاها إلى التصحيح من القانون المدنى الفرنسى الذى سايرته مجموعة الأقباط الأرثوذكس. إذ يكفى طبقًا للقواعد الكنسية سالفة الذكر أن يتم التصحيح بالزواج اللاحق طالما كان الزواج ممكنًا بين الطرفين ، لا يوجد لديهما مانع من الموانع . ويكفى أن يكونا كذلك فى وقت الحمل أو فى خلال مدته أو عند الوضع [1] . ويعترف القانون الكنسى بامكان تصحيح النسب بالزواج اللاحق ، سواء كان الزواج الذى يتم بين الطرفين صحيحًا أو ظنيا ، بل إنه إذا كان الزواج باطلا ويعلم الطرفان بذلك فان تصحيح هذا الزواج الباطل يرتب نفس الآثار . كما أن مجرد واقعة الزواج نفسها تصحح النسب ، حتى ولو لم يكن مكتملا . وهذا هو ما جاءت به الارادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية الشرقية بصفة عامة [2] إذا نصت على أنه يتم تصحيح نسب الاولاد عن طريق زونج الوالدين اللاحق ، سواء كان هذا الزواج حقيقيًا

---

(١) فقد يكون هناك مانع من الموانع عند الحمل أو خلال مدته ولكنه يزول عند الوضع كما قد يكون المانع قائما عند بدء الحمل وعند الولادة ، مع زواله فى فترة الحمل . وزوال المانع قد يكون عن طريق التفسيخ أو انقضاء الزوجية القائمة أو بغيره من الطرق التى تزول بها الموانع (أنظر فى هذا Fourneret السابق ص ٣٧) .

(٢) المادة ١٠٥ ويقابلها المادة ١١١٦ من القانون الكنسى الغربى ، وكذلك المادة ٤٥ من قواعد الأقباط الكاثوليك .

صحيحاً أو ظنيا ، أو كان قد عقد من جديد أو صحح ، حتى ولو لم يكن مكتملا. وإنما يلزم لذلك أن يكون الزواج ممكناً بين الطرفين فى وقت الحمل أو خلال مدته أو فى وقت الوضع .

وقد سايرت القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس عندنا أحكام القانون المدنى الفرنسى فى هذا الصدد ، فتطلبت إجراءات لم يتطلبها القانون الكنسى سالف الذكر . إذ ينبغى طبقا للقواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس أن يعترف الوالدان بالولد قبل الزواج ، أو على الأكثر تقدير حين حصوله . فاذا أهمل الزوجان القيام بهذا الاجراء ، وهو الاقرار بالبنوة والاعتراف بها قبل الزواج أو حين حصوله ، فانه لا يمكن تصحيح نسب الولد بعد ذلك ، حتى ولو تم الزواج بينهما ، فيظل غير شرعى . وهذا ما يحاول القانون الكنسى الحد منه ، حرصـــا على مصلحة الأولاد ، خلافا للقوانين المدنية التى تهتم بعدم إشراك الأجانب عن الأسرة فى حقوقها . وعلى غرار القانون الفرنسى كذلك لا تجيز قواعد الأقباط الأرثوذكس تصحيح نسب أولاد الزنا وأولاد المحارم بالزواج اللاحق [1] .

---

(١) أنظر المادة ٩٢ و ٩٧ من مجموعتى ٩٥٥ و ١٩٣٨ بالنسبة للاقباط الأرثوذكس والمادة ٣٣١ مدنى فرنسى . وقد أخذت مجموعة **الأرمن** فى المادة ٩١ بالحكم الذى نص عليه الأقباط فقررت ما يأتى : « الأولاد المولودون قبل الزواج يعدون شرعيين إذا تزوج والداهم، واعترفا بهم أمام الكاهن المختص قبل الزواج أو عند حصوله . وفى الحالة الأخيرة يحرر الكاهن إقرار الوالدين فى عقد مستقل » فتصحيح النسب لا يتم إلا فى هذه الصورة ، كما هو الشأن بالنسبة للاقباط ، أى بالنسبـة للاولاد المولودين قبل الزواج ، ولا بد من توافر الشروط الأخرى المنصوص عليها لدى الاقباط . وأنظر أيضا المادة ١٤١ من مجموعة **السريان** ، حيث تعتبر المولود ممن واقعها قبل الزواج وافتض بكارتها وكلف بالزواج بها حال حملها منه ، ابنـــاً شرعياً له بعد الزواج . وأنظر كذلك المادة ٤٣٢ من لائحة ترتيب محاكم الكرسى البطريركى بالاسكندرية **للروم الأرثوذكس** وتنص على أن « علاقة الولد الذى هو نيس بوليد زواج شرعى تثبت قبل الأم بالولادة ، وقبل الاب بصيرورته ابنا شرعيا بزواج لاحق يعقـد بين والديه اللذين أنجباه خارج الزواج » .

وتجيز المادة ٩٣ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس [1] تصحيح النسب بالزواج اللاحق لمصلحة أولاد توفوا عن ذرية . وفى هذه الحالة تستفيد ذرية أولئك الأولاد من تصحيح نسبهم .

هذا ، ويترتب على تصحيح النسب بالزواج اللاحق أن يصير الأولاد كالأولاد الشرعيين تماما من كل النواحى فيكون لهم من الحقوق وعليهم من من الواجبات ، كما لو كانوا مولودين من هذا الزواج [2] . وتضيف الارادة الرسولية إلى ذلك فى المادة ١٠٦ أن هذه القاعدة يعمل بها ما لم ينص القانون صراحة على خلافها . وأن المساواة بين الأولاد الذين يصحح نسبهم وبين المولودين من الزواج يكون من ناحية الآثار الكنسية .

وعلى ذلك فان الأولاد الذين يصحح نسبهم بالزواج اللاحق يصيرون أعضاء فى الأسرة ، تلحق بهم القرابة التى تربط كلا من والديهم بذوى قرباه ويكون لهم قبل والديهم حقوق فى المأكل والملبس والعناية والتربية . أى يكون على الوالدين واجب تربيتهم تربية روحية وجسدية على نحو ما بينا من قبل . كما أنهم يرثون والديهم ولا يستطيع هؤلاء حرمانهم من الميراث ، كما يرثون أقارب الوالدين فى الحدود المقررة . . . وإلى جانب ذلك ، تقوم بين الأولاد وبين أقارب الوالدين موانع زواج فى الدرجات والحدود التى بيناها فى هذا الصدد من قبل .

---

(١) وهى تقابل المادة ٣٣٢ فرنسى .

(٢) المادة ٩٤ و ٩٩ من مجموعتى الاقباط الارثوذكس ، والمادة ٣٣٣ مدنى فرنسى وأنظر كذلك المادة ٤٦ من قواعد الاقباط الكاثوليك . ويضيف هذا النص أنه « .. يعامل هذه المعاملة (أى تخويلهم من الحقوق ما للاولاد الشرعيين) الاولاد الذين يولدون من زواج عقد باطلا بعلم أحد الزوجين أو كليهما (الزواج الظنى) بشرط أن يعترف بهم عند تصحيح العقد » .

(ب) الاقرار بالنسب والادعاء به : — رأينـا فيما سبق أن النسب يثبت بالفراش ، كما أنه إذا كان الأولاد غير شرعيين ، فان نسبهم يثبت بالزواج اللاحق على ولادتهم . وبالاضافة إلى ما سبق فان النسب يثبت كذلك بالاقرار أى باقرار الشخص بأن شخصاً آخر ابن له . ويشترط لذلك عدة شروط نوجزها فيما يلى [1] :

(١) أن يصدر الاقرار من المقر نفسه وهو المراد الانتساب إليه ، لا من شخص آخر غيره ، فلا يصدر الاقرار من ورثته ، وذلك لأن للاقرار طـابع شخصى . ويلزم أن يكون هذا المقر رشيداً عاقلا .

(٢) أن يكون المقر له مجهول النسب . أى لا يكون له والدان معروفان وإلا نسب إليهما . فلو أنه كان معلوم النسب ماصـح الاقرار ؛ وذلك لعـدم إمكان ثبوت نسبه من شخصين فى وقت واحد .

(٣) يلزم كذلك أن يكون المقر فى سن بحيث يولد مثل المقر له لمثله ،أى بحيث يمـكن أن يكون المقر له ابنا للمقر. فاذا كان هذا الأخير صغيراً لا يتصور أن تحمل منه المرأة ، أو كان المقر له فى سن قريبة من سنه ، لا يصح الاقرار.

إذا توافرت الشروط السابقة ، ترتب على الاقرار ثبوت نسب المقر له من المقر ، وتبعاً لذلك يصير له ما للأبناء من حقوق ، ويلتزم المقر بنفقته وتربيته .

---

(١) أنظر المادة ٩٥ و ١٠٠ من مجموعتى الاقباط الأرثوذكس ، وكذلك المسألة ٣٦ من الخلاصة القانونية . وكذلك المادة ١٤٣ من مجموعة **السريان** ، وهى تنص على أنه « إذا أقر البالغ العاقل بنسب لحقه ، ما لم يكذبه الحس أو البينة ، كمن يقول « إن هذا ولدى »، إلا أنهما يكونان متقاربين فى العمر ، أو يكون للمقر له نسب آخر معروف محقق ، أو يقيم ورثة المقر له بالبينة على إبطال الاقرار » .

وقد يحدث أن يدعى شخص على رجل بالأبوة أو على امرأة بالأمومة . فاذا كان يولد مثله لمثل المدعى عليه (رجل أو امرأة) ، وصدقة هذا الاخير ، ثبتت أبوتهما له ، متى كان المدعى مجهول النسب بطبيعة الحال ، أى ليس له أب معروف أو أم معروفة . ويترتب على ذلك أن يصير المدعى كالابن ، له ما للأبناء من نفقة وحضانة وتربية ، وعليه ما للأبوين من حقوق على الابناء [1] .

وعلى ذلك فان الإقرار بالنسب أو الادعاء به يجعل الولد فى مركز الاولاد الحقيقيين ، له ما لهم من حقوق ، وعليه ما عليهم من واجبات قبل الوالدين من كافة الوجوه . والنسب الذى يثبت عن طريق الإقرار نسب صحيح حقيقى وإن لم يعرف طريقه وسببه ، ويكون لمجهول النسب . وهو بخلاف التبنى ، كما سنرى فيما يلى . وإذا ما صدر الاقرار ترتبت عليه آثاره ، ولا يمكن للمقر الرجوع فيه. كما أن الاقرار وما يترتب عليه من آثار يسرى فى مواجهة الكافة . وللاقرار كما قدمنا طابع شخصى ، ولهذا فان أثره نسبى ويكون بالنسبة للمقر فقط . فاذا أقر أحد الوالدين بالبنوة دون الآخر ، لا يكون للاقرار أثره إلا بالنسبة إليه وحده . « فاقرار الأب بالبنوة دون الأم لا تأثيرله إلا على الأب والعكس

---

(١) المادة ٩٦ و ١٠١ من مجموعتى الاقباط الارثوذكس . وتقضى المسألة ٣٦ من الخلاصة القانونية بأنه إذا « أدعى ولد بأبوه شخص ما ، ولم يكن الحس أو البينة مكذبين له ، لزمه الاثبات شرعا . ثم بعد إثبات صحه نسب الولد للرجل ، فاذا كان مولودا له من غير زيجة شرعية فحاله مع أبيه أو ورثته من جهة الاعالة والتربية على ما يراه الرئيس الروحى ، وإن كان من زيجة شرعية فحكمه كأقرانه » . وأنظر المادة ١٤٤ **سريان** ، وهى بنفس العبارات السابقة الواردة فى المسألة ٣٦ من الخلاصة .

بالعكس » (١) . كما أنه إذا أقر « أحد الزوجين فى أثناء الزواج ببنوة ولد غير شرعى رزق به قبل الزواج من شخص آخر غير زوجه ، لا يجوز له أن يضر بهذا الزوج ولا بالأولاد المولودين من ذلك الزواج » (٢) .

وإذا كان يترتب على الإقرار بالنسب أو الادعاء به ،على النحو السابق،أن يصير المقر له فى مركز الاولاد ، فان هذا قد يضر ببعض الاشخاص كالورثة . ولهذا فقد أجيز لكل ذى شأن أن ينازع فى إقرار الأب أو الأم بالبنوة وفى أدعاء الولد لها (٣) .

هذا ويراعى أن القانون الفرنسى لا يعترف إلا بالاقرار الرسمى ، ويقصد من وراء ذلك التأكد من أن من صدر منه الاقرار كان مختارا ، كما يقصد

---

(١) المادة ٩٧ و ١٠٢ من مجموعتى الاقباط الارثوذكس ، ويقابلها المادة ٣٣٦ من القانون المدنى الفرنسى . ونسبية أثر الاقرار بالنسب معروفة فى **الشريعة الاسلامية** . ففى هذا الشريعة إما أن يكون الاقرار بثبوت النسب من المقر نفسه كاقرار الشخص بأن هذا الولد ابنه ، واما أن يكون الاقرار بثبوت نسب المقر له من غير المقر ، وذلك كاقرار الشخص بأن فلانا أخوه . فى الحالة الاولى ليس هناك حمل للنسب على الغير ، ولذا يثبت النسب من المقر متى توافرت شروطه . وفى الحالة الثانية هناك حمل للنسب على الغير ، إذ لكى تثبت الأخوة فانهذا يقتضى أن يكون المقر له إبنا لوالد المقر أولا . وهذا الاقرار لا يصلح وحده لثبوت النسب ، بل لا بد من أحد أمرين . إما أن يصدقه من حمل النسب عليه (وهو الوالد فى هذه الحالة) ، أو أن يثبت هذا النسب بالبينة . فاذا لم يكن هذا ولا ذاك لا يثبت النسب ، وإن كان المقر يعامل باقراره من ناحية الميراث ، فيشاركه وحده فى نصيبه دون مزاحمة الورثة الآخرين. ومن ناحية الحقوق التى ترجع إليه نفسه كوجوب النفقة عليه متى كان موسراً والمقر له معسراً. (أنظر فى هذا : محمد يوسف موسى ، السابق ص ٣٧٢ — ٣٧٧ . عمر عبد الله ، السابق ص ١٤٩ وما بعدها . محمد أبو زهرة . السابق ص ٣٩٤ وما بعدها) .

(٢) المادة ٩٨ و ١٠٣ من مجموعتى الأقباط الأرثوذكس وتقابل المادة ٣٣٧ مدنى فرنسى .

(٣) المادة ١٠٠ و ١٠٥ من مجموعتى الأقباط الأرثوذكس وتقابل المادة ٣٣٩ مدنى فرنسى .

كذلك إعطاء دليل للاثبات لصالح الولد . ويتم الاقرار أمام موثق الحالة المدنية . وإذا كان الاقرار ثابتا فى شهادة الميلاد ، فانه يستند إليها ، ما لم تكن غير صحيحة . فاذا لم توجد شهادة الميلاد كان من اللازم أن يتم الاقرار بالنسب فى محرر رسمى مستقل ، وإلا كان باطلا [١] .

جـ ـ اثبات نسب الأولاد غير الشرعيين عن طريق القضاء : يجوز الحكم بثبوت نسب الاولاد غير الشرعيين من أبيهم فى حالات هى [٢] : (١) فى حالة الخطف أو الاغتصاب إذا كان زمن حصولهما يرجع إلى زمن الحمل (٢) فى حالة الاغراء بطريق الاحتيال أو باستعمال السلطة أو الوعد بالزواج . (٣) فى حالة ثبوت وجود خطابات أو محررات أخرى صادرة من الأب المدعى عليه تتضمن اعترافه بالأبوة اعترافا صريحا . (٤) إذا كان الأب المدعى عليه والأم قد عاشا معا فى مدة الحمل وعاشرا بعضهما بصفة ظاهرة . (٥) إذا كان الاب المدعى عليه قد قام بتربية الولد والانفاق عليه أو اشترك فى ذلك بصفته والدا له .

فى الحالات السابقة يجوز الحكم بثبوت نسب الأولاد غير الشرعيين من أبيهم . والأمر جوازى للقضاء ، فقد يثبت له من تحليل دم الولد أن فصيلته تغاير دم الأب . وهذا ما هو مقرر فى فرنسا . وعلى أية حال فان القاضى لا يحكم باثبات الأبوة فى الحالات السابقة إلا إذا ثبت لديه عن طريق البينة والقرائن أبوة المدعى عليه [٣] .

---

(١) انظر المادة ٣٣٤ مدنى فرنسى والمادة ٩٩ و ١٠٤ من مجموعى الأقباط الأرثوذكس .

(٢) المادة ١٠١ و ١٠٦ من مجموعتى الأقباط وتقابل المادة ٣٤٠ مدنى فرنسى .

(٣) انظر كولان وكابيتان مع جوليو دولامورانديار ، السابق ، فقرة ٣٧٧ ، ص ٨٢٢ .

ومع ذلك فان دعوى ثبوت الأبوة لا تقبل فى الحالات الآتية :

(١) إذا كانت الأم أثناء مدة الحمل مشهورة بسوء السلوك، أو كانت تعاشر رجلا آخر.

(٢) إذا كان الأب المدعى عليه فى أثناء تلك المدة يستحيل عليه ماديا، سواء بسبب بعده أو بسبب حادث من الحوادث، أن يكون والد الطفل[١].

ولا ترفع دعوى ثبوت الأبوة إلا من الولد، أو من الأم؛ إذا كان الولد قاصرا. وترفع الدعوى على الأب المدعى ثبوت النسب منه؛ كما ترفع على ممثله القانونى أو ورثته. ويسقط حق الولد فى رفع الدعوى بعد سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد، أما حق الأم فيسقط بعد سنتين من تاريخ الوضع [٢].

ويترتب على الحكم بثبوت الأبوة — بصفة عامة — نفس الآثار التى تترتب على الاقرار بها، ويكون له أثر رجعى.

دعوى ثبوت الأمومة : ويجوز طلب الحكم بثبوت الأمومة. وعلى الذى يطلب ثبوت نسبه من أمه أن يثبت أنه هو نفس الولد الذى وضعته. وله أن يثبت ذلك بشهادة الشهود [٣]

---

(١) والمادة ١٠٢ و ١٠٧ من مجموعتى الأقباط الأرثوذكس. وتضيف المادة ٣٤٠ من القانون المدنى الفرنسى بعد تعديلها بقانون ١٥ يوليو ١٩٥٥ إلى الحالتين السابقتين حالة ما إذا أثبت المدعى عليه بتحليل الدم أنه لا يمكن أن يكون والداً للطفل. ويبدو من ذلك أن القاضى يلتزم باتباع رأى الأطباء بالنسبة لنتيجة تحليل الدم إذا كانت هذه النتيجة ترى عدم توافق فصيلة الدم بين الطفل والشخص المراد الانتساب إليه، المرجع المشار إليه فى الهامش السابق، فقرة ١٣٧٨.

(٢) المادة ١٠٣ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط وانظر المادة ١٠٨ من مجموعة ١٩٣٨ ونصها يغاير نص مجموعة ١٩٥٥ فى هذا الصدد.

(٣) المادة ١٠٤ و ١٠٩ من مجموعتى الأقباط، و ٣٤١ مدنى فرنسى.

١٤٧ -٣- **التبنى** : (l'adoption) يعرف التبنى بأنه تصرف قانونى ينشىء بين شخصين علاقة أبوة وبنوة صورية ومدنية بحتة [١] . وهو يختلف عن ثبوت النسب بالاقرار . فالنسب الذى يثبت بالاقرار نسب صحيح حقيقى وإن لم يذكر طريقه وسببه ، وتجب للمقر له حقوق الولد الحقيقى كما قدمنا ، وهو لا يجوز إلا إذا كان المقر له مجهول النسب ، فى حين أن التبنى يمكن أن يكون فيمن له أبواه معروفان . وهو نظام تعرفه الشريعة المسيحية ، كما تعرفه الشرائع الغربية ، ولكن الشريعة الإسلامية لا تعترف به [٢] .

وتنظم مجموعة الأقباط الأرثوذكس التبنى أخذاً عن القانون الفرنسى ، كما تنظمه كذلك بعض الشرائع الملية الأخرى [٣] . وهو يتم إذا توافرت

---

(١) كولان وكابيتان وجوليو دولامورانديار ، السابق فقرة ١٤٤٥ . وانظر فى شأن التطور فى هذا النظام فى الدول الأوروبية : رويلوس : القانون المدنى اليونانى ، السابق ص ٢٣٤ - ٢٣٧ .

(٢) ولهذا لا يثبت عن طريقه أبوة ولا بنوة ولا تترتب على قيامه أية آثار شرعية أخرى ، فلا يثبت التوارث بين المتبنى والمتبنى ، كما لا يؤدى إلى تحريم الزواج بين المتبنى وأقاربه بالتبنى . وقد جاء القرآن الكريم فى ذلك واضحاً حيث قال تعالى : «وما جعل أدعياءكم أبناءكم ، ذلكم قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق وهو يهدى السبيل . أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم » . وقد نسخ هذا النص نظام التبنى الذى كان معروفاً فى الجاهلية .

(٣) انظر المادة ٩٣ وما بعدها من مجموعة **الأرمن** ، والمادة ١٤٥ وما بعدها من مجموعة **السريان** ، والمادتان ٤٢٦ و٤٢٧ من لائحة ترتيب محاكم الكرسى البطريركى بالاسكندرية **للروم** الأرثوذكس . وتنص المادة ٤٢٩ على ما يأتى : « التبنى أنه يأخذ إنسان أو زوجان بمثابة ولد - بمقتضى حكم من المحكمة (الكنسية) وبأدعية الكنيسة - إنساناً عديم الأهلية أو متمتعاً بالأهلية الكاملة » . (وانظر ما جاء فى القانون المدنى اليونانى بشأن التبنى المادة ١٥٦٨ وما بعدها - رويلوس ، السابق ص ٢٣٤ وما بعدها) . وانظر كذلك بالنسبة للكاثوليك المواد ٥٤ وما بعدها من مجموعة الأقباط الكاثوليك .

شروط معينة سواء فى المتبنى أو فى المتبنى . وبصفة عامة هناك شروط موضوعية شكلية ، فنعرض لهذه الشروط ثم نعرض لآثار التبنى .

١٤٧ مكرر : **شروط التبنى : الشروط الموضوعية** : **لا** يجوز التبنى إلا إذا كانت هناك أسباب تبرره وكانت تعود بفائدة على المتبنى l'adopté ويترك للقضاء تقدير هذه الأسباب . وإلى جانب ذلك فانه يشترط فى طرفى التبنى شروط معينة . (١)أما بالنسبة **للمتبنى** فيراعى أنه يصح أن يكون رجلا أو امرأة متزوجين أو غير متزوجين [1] . ويلزم بالنسبة لهوطبقا للقواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس : (١) أن يتجاوز سن الأربعين . (٢) أن يكون المتبنى أكبر من الذى يراد تبنيه بخمس عشر سنة [2] . (٣) ألا يكون له أولاد ولا فروع شرعيين وقت التبنى [3] . (٤) كما يلزم ألا يشترك معه فى التبنى شخص آخر ، ما لم يكن التبنى حاصلا من زوجين . فالشخص الواحد لا يتبناه عديدون . وهذا ما نص عليه لدى الأقباط والأرمن الأرثوذكس .

---

(١) المادة ١٠٥ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس (١٩٥٥) والمادة ٣٤٤ مدنى فرنسى . ومع ذلك فقد أضاف القانون الفرنسى فى ٨ أغسطس ١٩٤١ المعدل لأحكام المادة ٣٤٤ مدنى فرنسى أنه يصح أن يكون التبنى من زوجين غير منفصلين جسمانياً بحيث يكون أحدهما على الأقل ٣٥ سنة إذا كانا متزوجين منذ أكثر من عشر سنوات ولم يرزقا بأولاد.

(٢) المادة ١٠٧ من مجموعة ١٩٥٥ أقباط أرثوذكس و ٣٤٤ فرنسى . وقد أنزل هذا السن فى فرنسا منذ سنة ١٩٣٩ إلى عشر سنوات إذا كان المتبنى ابنا لزوج المتبنى . ويمكن أن تقل المدة كذلك بقرار رئيس الجمهورية .

وعند **الأرمن** يلزم أن يكون المتبنى أكبر من المتبنى بما لا يقل عن عشرين سنة . كما يلزم ألا يقل سن المتبنى عن أربعين سنة ، كما هو الشأن عند الأقباط الأرثوذكس . وما جاء بالنسبة للأقباط هو نفس ما جاءت به قواعد الأقباط الكاثوليك فى المادتين ٥٤ و ٥٥ .

(٣) المادة ١٠٦ مجموعة ١٩٥٥ أقباط ، والمادة ٩٤ **أرمن** وكذلك المادة ١٤٥ **سريان** تستلزم أن يكون عديم الذرية . والمادة ٣٤٤٠ فرنسى. انظر كذلك : كولان وكابيتان وجوليو دولامورانديار ، السابق فقرة ١٤٥٥ . هذا وتضيف المادة ١٠٦ أقباط أرثوذكس (١٩٥٥) أن يكون حسن السمعة . كما انه إذا كان متزوجا فلا يجوز له التبنى إلا برضاء الزوج الآخر ما لم يكن هذا الأخير غير قادر على إبداء رأيه (ماده ١١١ اقباط أرثوذكس ١٩٥٥) و ٣٤٦ فرنسى . وانظر كذلك م ٩٣ **أرمن** ، والماده ٥٦ اقباط كاثوليك.

(ب) أما عن **المتبنى** . فانه يصح أن يكون ذكراً أو أنثى بالغا أو قاصراً . فاذا كان متزوجا لزم الحصول على رضا الزوج الآخر ، ما لم يكن هـذا الزوج غير قادرا على إبداء رأيه . وإذا كان قاصراً وكان والده على قيد الحياة ، فلا يجوز التبنى إلا برضاء الوالدين . فاذا كان أحدهما متوفيا أو غير قادر على إبداء رأيه فيكفى قبول الآخر . وإذا كان قد صدر حكم بالطلاق فيكفى قبول من صـدر الحـكم لمصلحته أو عهد إليه بحضانة الولد منهما . أما إذا كان القاصر قد فقـد والديه ، أو كان الوالدان غير قادرين على إبداء رأيهما فيجب الحصـول على قبول وليه ، وكذلك يكون الحـكم إذا كان القاصر ولدا غير شرعى لما يقر أحد ببنوته ، أو توفى والداه أو أصبحـــا غير قادرين على إبداء رأيهما بعد الاقرار ببنوته [1] .

الشروط الشكلية : يجب أن يتم العقد فى الشكل الرسمى ، بحضـــور الطرفين. وإذا كان المراد تبنيه قاصراً قام والداه أو وليه مقامه. ثم يرفع الأمر إلى المحـكمة للتصديق عليه بعد التحقق من الشروط المطلوبة فى هذا الصدد [2] .

---

(١) المادة ١١٠ أقباط أرثوذكس (١٩٥٥) والمادة ٣٤٧ وما بعدها فرنسى . والمادة ٥٧ و ٥٨ اقباط كاثوليك ولا يختلف حكمها عما ذكر اعلاه ، مع نصهما على انه فى حالة وفاه الأب والأم أو استحالة إبداء الرأى من جانبهما ، او إذا كان المتبنى مجهول النسب لا يتم التبنى إلا بمقتضى قرار من المجلس الملى . وتنص الماده ٩٥ من مجموعة **الأرمن** على أنه « إذا كان المتبنى قاصراً فلا يجوز التبنى بغير رضا والديه او احدهما إذا كان الآخر متوفى . فاذا كان الوالدان مجهولين أو متوفيين يكتفى برضاء الرئيس الدينى » .

اما مجموعة **السريان** فتستلزم بالنسبة للولد المتبنى ان يكون مجهول النسب (م ١٤٥)

(٢) انظر المادتين ١١٢ و ١١٣ (مجموعة ١٩٥٥) أقباط أرثوذكس والمـاده ٩٦ من مجموعة **الأرمن** وهى تقضى بأنه «يثبت التبنى بمحرر يسجل فى البطريركية . ويكون موقعاً عليه من الكاهن المعين لذلك من وزارة العدل والقائم بعمل موثق العقود ، ومن المتبنى ومن المتبنى إذا كان بالغا ، وممن يلزم الحصول على رضائهم بذلك التبنى ، حسب الماده السابقة ، ومن ═

١٤٧ مكرر (١) **اثار التبنى** . إذا ما تم التبنى مستوفيا للشروط السابقة فانه تترتب عليه آثاره . وقد سبق لنا أن رأينا أنه يترتب على التبنى قيام مانع من الزواج بين المتبنى وأقاربه بالتبنى ، وذلك لدى بعض الطوائف المسيحية [(١)] . وإلى جانب ذلك يترتب على التبنى من الآثار ما يلى :

(١) يخول التبنى الحق للمتبنى أن يلقب نفسه بلقب من تبناه وذلك باضافة اللقب إلى اسمه الاصلى (٢) يكون للمتبنى وحده حق تأديب المتبنى وتربيته وحق الموافقه على زواجه إن كان قاصراً (٣) وجوب النفقة للفقير من الطرفين على الآخر . هذه هى الآثار التى تترتب على التبنى .

ولما كان التبنى رباطاً صناعياً ينشىء أبوة وبنوة مصطنعة فانه لا تترتب عليه كافة الآثار التى تترتب على البنوة الأصلية . ولهذا لا يتوارث الطرفان، ما لم يكن

= شاهدين » . وتستلزم الماده ١٤٥ سريان ان يشهد المتبنى على نفسه بالتبنى ويثبته فى محل رئاسته الدينية ، وانظر كذلك الماده ٤٢٧ من لائحة ترتيب محاكم الكرس البطريركى **للروم** الأرثوذكس والتى تستلزم ان يطلب التبنى بعريضة يوقعها الزوجان طالبا التبنى وأقارب أوصياء المتبنى نفسه إذا كان قادراً على التوقيع » والماده ٥٩ اقباط كاثوليك وهى تستلزم ان يتم التبنى باشهار رسمى ... وانظر كذلك المادة ٣٥٨ مدنى فرنسى ومابعدها، وكذلك كولان وكابيتان وجوليو دولاموراندير ، السابق فقره ١٤٥٩ وما بعدها .

هذا وقد جاء فى الكتاب الرابع من قانون المرافعات الخاص بالاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية فى الماده ٩١١ وما بعدهان بيان للاجراءات التى تتبع فى حالة التبنى ، ومن المفيد الرجوع إلى احكامها فى هذا الصدد .

وتقضى الماده ٩١١ بأن يثبت التبنى بمحضر يحرر لدى رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها موطن أحدهما . ويدون فى هذا المحضر إقرارات الطرفين بعد التحقيق من توفر الشروط المطلوبة . وتقضى الماده ٩١٣ بأن يقدم محضر التبنى للمحكمة للتصديق عليه . وتستلزم المادة ٩١٦ نشر ملخص الحكم القاضى بالتصديق . ونرى أنه يجب الأخذ بتلك الأحكام بالنسبة لحالات التبنى لدى غير المسلمين .

(١) انظر ما سبق ، فقره ١٢١ ص ٥٥٩ وما بعدها

ذلك عن طريق الوصية لان تحديد الورثة أمر يرجع فيه إلى الشريعة الاسلامية ، وهى لا تعترف بالتبنى كما قدمنا . كما يراعى كذلك أن التبنى لا يترتب عليه إخراج المتبنى من عائلته الاصلية ولا يحرمه من حقوقه فيها . ويظل المتبنى ملتزماً بنفقة والديه الأصليين ، وان كان والداه لا يلتزمان بنفقته إلا إذالم يمكنه الحصول عليها من المتبنى [1] .

---

(١) انظر فى كل هذا المادة ١١٤ وما بعدها اقباط ارثوذكس (١٩٥٥) ومايقابلها من مجموعة ١٩٣٨ وفى القانون الفرنسى . وانظر كذلك : كولان — وكابيتان وجوليو دولامورانديار ، السابق فقره ١٤٦٤ وما بعدها . وانظر كذلك المسألة ٣٧ من الخلاصة القانونية .

وكذلك المادة ١٤ من مجموعة **السريان** ، وهى تجعل المتبنى قريبا للمتبنى قرابة وضعية ، وتلزم الأخير باعالته ورعايته بحسب ما يمكنه وطبقا لما قرره فى محل شريعته عندالتبنى . كما يلتزم الأولاد بالتبنى بالطاعة لمن تبناهم كالتزام الأولاد لوالديهم . أما **الأرمن** فانهم لذا كانوا يجعلون للمتبنى ما للولد الشرعى من الحقوق ، فانهم يقررون أنه لا يرث فى أموال أقارب المتبنى ، كما يحتفظ بكل حقوقه التى يستمدها من أسرته الطبيعية (أنظر المواد ٩٧ ـ ٩٩) وأنظر كذلك المادة ٦٠ و ٦١ من قواعد **الأقباط الكاثوليك** وهذه القواعد تجعل للمتبنى حقوق الأولاد الصلبيين ، وتجعل له الميرات متهم . كما تضع هذه القواعدحكما خاصا باسترداد الأموال التى وصلت إلى المتبنى إذا توفى . فاذا توفى عن عقب كان للمتبنى وفروعه من بعده أن يستردوا من تركة المتبنى الأموال التى وصلت إليه من المتبنى أو من تركته . وإذا توفى عن عقب حال حياة المتبنى ثم انقرض عقبه كان حق استرداد الأموال المذكورة للمتبنى وحده دون فروعه .

المبحث الثانى

آثار الزواج

فى الشريعة اليهودية

١٤٧ مكرر (٢) ـ تمهيد : رأينا أنه إذا قام الزواج صحيحاً ، فان القانون يتكفل بتحديد الآثار التى تترتب عليه ، باعتبار أن الزواج يختلف عن العقود العادية فى هذا الصدد ، كما هو الشأن بالنسبة للشريعة المسيحية على نحو ما قدمنا . ولكن الزواج فى الشريعة اليهودية يختلف عن الشريعة المسيحية من حيث خصائصه ومميزاته الجوهرية فى أنه يجوز أن يعدد الرجل زوجاته ، كما أنه قابل للانحلال بالطلاق أو التطليق .

وإذا قام الزواج ترتبت عليه آثاره ، ونعرض من بين هذه الآثار لآثاره حال قيامه سواء بين الزوجين أم بالنسبة للأولاد ، مرجئين الكلام عن الآثار التى تترتب على انقضائه لما بعد الكلام فى انقضاء الرابطة الزوجية ، كما فعلنا فى دراستنا لآثار الزواج فى الشريعة المسيحية .

الفرع الاول

أولا : الآثار المالية

١٤٧ مكرر (٣) ـ تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين : يقتضى تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين أن نعرض لمدى استقلال المرأة بحقوقها عن الرجل ثم لأحكام المهر والبائنة (الدوطة) ، كما فعلنا بالنسبة لدراسة أحكام الشريعة المسيحية .

١ ـ مدى استقلال الزوجين بحقوقهما المالية : رأينا أنه لا يترتب على الزواج فى الشريعة المسيحية اختلاط الأموال وإنما يظل لكل من الزوجين

ملكية أمواله . ولكن الشريعة اليهودية لا تقضى بهذا الحكم بصفة عامة ، وإنما يفرق بين القرائين والربانيين .

أما بالنسبة للقرائين فان أحكامهم تكاد تطابق الشريعة المسيحية . إذ لا يترتب على الزواج نقص أهلية المرأة بالنسبة للتصرف فى أموالها ، بل لها أن تتصرف فى أموالها دون إذن زوجها ، وإذا ورثت الزوجة مالا ، فلا حق له فيه ما لم تأذن ، ولها رسم الطريقة ، وذلك خلافا لجهازها فان له أن ينتفع به . على أنه إن كان زوجها نهما أو سكيراً أو متلافا أو مضياعا ، جاز لها منعه . ومع ذلك فان للزوج أن « يستفيـــد من كديدها[1] » . وهذا كله حال حياة الزوجة .

ويختلف الربانيون فى ذلك عن القرائين . فعندهم تمنع المرأة من التصرف فى أموالها بلا إذن زوجها أى أنها ليست حرة التصرف فيها[2] . وأموال المرأة نوعان : ما قبضه الرجل ، وهو المعروف بالدوطة ، وما لم يقبضه وإنما هو ينتفع به (م ٨٦) . ذلك أن للزوج الانتفاع بأموال زوجته ، سواء قبضها أو لم يقبضها . وتمتد سلطته إلى أموال الزوجة سواء كانت تحت يدها أو ما تكسبه ، أو ما تجده . وحق الرجل فيما تكسبه الزوجة أو ما تجده لقية مشروط بأن

---

(١) شعار الخضر ص ١١٦ .

(٢) أنظر المادة ٨٥ من ابن شمعون . ومع ذلك فان للزوجة أن تهب أو تبيع كل أو بعض ما لها من الحقوق فى العقد ، إلا أن هذا التصرف دون إذن الزوج لا ينفذ فى حق الزوج الذى له الانتفاع بأموال الزوجه ، ولا ينفذ إلا بعد الطلاق أو وفاة الزوج ، إذ فى هذه الحالة « يؤول الحق الموهوب أو المبيع إلى الموهوب له أو المشترى » (أنظر المادة ١٤٧) . على أنه يصح أن تكون الهبة أو البيع للزوج ، وفى هذه الحالة « يجب فوراً تجديد عقد الزواج بقيمة المهر ، متى كانت الهبة أو البيع ، لا فى بعض الحقوق ، بل فيها جميعها » (م ١٤٨)، على أن يراعى أن تنازل المرأة عن حقوقها التى لها فى العقد يبطل ، إذا كان نتيجة تدليس أو إكراه (م ١٤٩) .

يقوم لها بما عليه من الواجبات[1] . على أنه إذا كانت المرأة لاتستطيع التصرف في أموالها ، وأن له الحق على هذه الأموال طبقا لما بينا ، فانه من ناحية أخرى لايكون له أن يتصرف فى شىء من مال زوجته بغير إذنها (م ١٤٣) .

٢ — **المهر** : سبق لنا الكلام عن المهر فى الشريعة اليهودية باعتباره شرطا جوهريًا للزواج . والمهر حق للزوجة يلتزم به الرجل فى العقد ، وهو يلتزم به ، حتى ولو لم يأخذ شيئًا من المرأة . ويجب أن يذكر فى العقد[2] . ويستحق للمرأة من حين العقد ، حتى ولو لم يدخل الرجل عليها ، طالما لم يكن هناك مانع من الوطء . بل إنه يحرم الدخول بها قبل قبضها المقدم[3] .

وإذا كان المهر حقا للمرأة ، فانه ليس لها النزول عنه ، وذلك تفاديا من أن تضع نفسها موضع غير الزوجة الشرعية[4] . ولما كان المهر يتفق عليه عند العقد ، وكان لابد من تحديده ولو « بيارة » كما يقولون ، فانه يبدو أن هذا التحديد غير ملزم من حيث الحد الأقصى ، إذا تصح الزيادة فيه . وتنص المادة

---

(١) تنص المادة ٧٥ من ابن شمعون على أن « للرجل الحق فيما تكسبه زوجته من كدها ، وفيما تجده لقية ، وفى ثمرة مالها ، وإذا توفيت ورثها » . و« كد المرأة كناية عن اشتغالها بما يشتغلن به نسوة البلد عادة . فما تربحه من كدها هو من حق الرجل ، ما دام قائما لها بما عليه من الواجبات » (م ٧٦) . و « إذا عثرت الزوجة بلقية فهى حق زوجها ، ما دام قائما بما عليه من الواجبات » (م ٨٣) . ولا يستحق الرجل اللقية إذا صادف العثور عليها طلاقا فاسد (م ٨٤) .

(٢) أنظر المادة ٩٨ و ١٠٦ من ابن شمعون ، وكذلك ص ٦٨ من شعار الخضر .

(٣) أنظر المادة ١٠٢ من ابن شمعون و ص ٦٧ و ٦٨ من شعار الخضر .

(٤) وهذا الحكم لدى القرائين (أنظر ص ٦٧ شعار) وهو ما يفهم لدى الربانيين كذلك من نص المادتين ١٤٧ و ١٤٨ من ابن شمعون ، (أنظر : جميل الشرقاوى ، السابق ٥٩/١٩٦٠ ص ٣٢٥ هامش ٣) .

١٤٤ من ابن شمعون على أنه « يصح أن يزيد الرجل بعد الزواج ما شاء على ما لزوجته فى العقد من الحقوق » .

٣ ــ البائنة : (الدوطة) : هى الأموال التى تعطيها الزوجة لزوجها ، وهى من أموال الزوجة . ولا يكون له أن يتصرف فيها بغير إذنها ، وإن كان له أن ينتفع بها . وتنص القواعد الخاصة بالربانيين على أن « ما يأخذه الزوج من الزوجة يشترطها عليه مضاعفا أو نصف مضاعف حسب عرف البلد » (م ١٠٠) . والواقع أن الكلام عن أحكام الدوطة فى الشريعة إنما يثار بصفة أساسية عند انقضاء الرابطة الزوجية ، على ما سنبين فيما يلى .

ثانيا : الحقوق المشتركة بين الزوجين

١٤٧ مكرر (٤) ــ تحديدها : إذا نشأت العلاقة الزوجية صحيحة ترتبت عليها آثارها فيما بين الزوجين ، وقامت بينهما حقوق وواجبات متبادلة . ويمكننا أن نحدد هذه الحقوق والواجبات المتبادلة ، كما فعلنا بالنسبة للمسيحيين فى طائفتين، نعرض فى الطائفة الأولى لحسن المعاشرة، وما ينطوى تحته من واجب المعاونة والمساعدة بين الزوجين ، وفى الثانية نعرض للالتزام بالمعيشة المشتركة، وما ينطوى تحته من واجب المساكنة ، ثم ما يقتضيه هذا الالتزام من حق المخالطة الجسدية ، وما يتصل بهذا الأخير من ضرورة الأمانة والإخلاص بين الزوجين .

١٤٧ مكرر (٥) ــ حسن المعاشرة ــ المعاونة والمساعدة :هذا الالتزام تفرضه طبيعة العلاقة بين الزوجين ، إذ بالزواج تتحد النفوس ، ويتعاون الطرفان عن طريق المساهمة فى انجاز الحياة الزوجية . ولهذا يجب على كل منهما أن يحسن

معاشرة الآخر ، ويعامله بالحسنى ، ولا يعتـــدى عليه ، بل عليه محبته واحترامه[1] . وهذا الواجب متبادل بين الزوجين . ولما كان حسن المعاشرة أمراً تفرضه طبيعة الزواج والغاية منه، فانه يجب الأخذ به لدى كل من القرائين والربانيـين .

ويقتضى حسن المعاشرة أن يقوم كل من الزوجين بواجبه نحو الآخر فى المعاونة والمساعدة . وهذا الالتزام له جانب مادى وجانب معنوى . ولعل أهم ما يعرض بالنسبة للجانب المادى منه هو الالتزام بالنفقة ، وهى واجبة على الزوج ، كما سنرى فيما يلى. وفيما عدا ذلك فانه يقع على عاتق كل من الزوجين واجب المعاونة نحو الآخر بقدر استطاعته .

ويقع على عاتق الزوجة ، إذا كانت فقيرة هى وزوجها ، أن تقوم بنفسها بخدمة البيت ، كما تقوم بارضاع أولادها[2] ، بل إن الشريعة اليهودية ـ بصفة عامة ـ

---

(١) وتقضى المادة ١٤٦ من ابن شمعون بمنع ضرب الرجل لامرأته ، حتى ولو كان ذلك من أجل تأديبها ، ولـكن عليه أن يحبها ويحترمها . وإذا اعتاد ضرب زوجته جاز إجابة طلبها الطلاق (م ٢١٦) ، بل قد يكون الطلاق واجبا إذا حلفه الشرع ألا يعود فحنث وعاد (م ٢١٧) . ما إذا كان للضرب باعث شرعى من جهة الزوجة فلا يصح لها طلب الطـلاق (م٢١٨) . وجاء فى شعار الخضر (ص ١١٥) : « كذلك أوصوا بحبها كنفسه وتوقيرها جهده . وإذا كان فى سعة من الرزق زاد لها من الثياب الفاخرة . وأن لا يغلظ لها القول ، بل ينصح وينبه بالحسنى . وإذا أتلفت أو نجست آنية أو شيئا من المأكل عن غير قصد فلا يؤلم إحساسها . وأن لا يمنعها من الاعارة والاستعارة بينها وبين الجيران ضرورة حسن المعاملة . وأن لا يمنعها عن أقربائها ما لم يكن لموجب ولـكن له منعهم عن داره » . وتنص المادة ٢٢٠ من ابن شمعون بأنه « إذا تـكرر من الزوجة شتم زوجها وبخت وأنذرت ، فان عادت سقطت حقوقها »

(٢) أنظر المادة ٧٨ من ابن شمعون . أما إذا كان الرجل موسراً أو كانت الزوجة دخلت له بمال غير يسير فلا يلزمها القيام بخدمة البيت إلا بقدرما ينبغى (م ٧٧) . فاذا كانا فقيرين التزمت بخدمة البيت وبالرضاع .

=

توجب على « الزوجة خدمة زوجها بشخصها خدمة لا يهينها بها[1] » .

كما يقتضى الالتزام بالمساعدة أن يعين كل من الزوجين صاحبه فى السراء والضراء . وتثور الحاجة بصفة خاصة إلى القيام بهذا الالتزام نحو الزوج الآخر فى أوقات الشدة[2] ، وعند المرض . وتوجب الشريعة اليهودية على المرأة أن تعنى بزوجها فى مرضه ، فلا يسوغ لها أن تطلب الطلاق[3] ، ما لم تكن هناك خطورة على حياتها معه[4] .

كما توجب الشريعة اليهودية كذلك على الرجل أن يعالج زوجته إذا إذا مرضت ، وأن يقوم بالانفاق على علاجها ، بل إنه ليس له طلاقها إذا

= ولهذا إذا نذرت المرأة ألا ترضع فنذرها لغو لا قيمة له (المادة ٨٠ وانظر كذلك المادتين ٨١ و ٨٢ من ابن شمعون) . ويراعى أنه إذا ادعت المرأة ميسرة الرجل ، وهو ادعى الفقر فعليها البينة (م ٧٩) .

(١) م ٧٤ من ابن شمعون . بل إن للرجل أيضاً حق فى عملها عنده ولو لم يكن محتاجاً ، وذلك قياسا على حقه فيما تكسبه من كدها (أنظر المادة ٧٥ من ابن شمعون — وجيل الشرقاوى ص ٣٠٩) .

(٢) ولهذا إذا أعسر الرجل ، وكان على المرأة أن تصبر حتى يوسر « فنظرة إلى ميسرة » (م ٢٠٥ من ابن شمعون) .

(٣) وتنص المادة ٢٠٣ بالنسبة للربانيين على أنه « إذا طرأ على الرجل بعد الزواج عيب أو عاهة ، فلا يسوغ هذا للمرأة طلب طلاقة . . » . كما جاء بالنسبة للقرائين أنه « إذا مرض (الرجل) خدمته جهدها » .

(٤) كما إذا كان المرض معديا يعرض حياتها معه للخطر . وتنص المادة ٢٠٤ للربانيين على أنه « إذا كان الطارىء برصا أو مرضا معديا ، كلف الرجل بالطلاق » . بل إنه يلزم بالطلاق فى هذه الحالة ولو رضيت المرأة معاشرته « ما لم تتعهد شرعا أنها لا تختلى به » . كما يجب الطلاق أيضا إذا كان المرض صرعا فى أحد الزوجين (م ٢٠٥) .

كان المرض الذى أصابها هو الجنون [١].

١٤٧ مكرر ـ (٦) المعيشة المشتركة ـ الالتزام بالمساكنة وما يتصل به :
يقع على كل من الزوجين التزام نحو الآخر بالعيش معه ومساكنته ، وهو التزام تقتضيه طبيعة الزواج والغرض منه . فالزوجة ملزمة بمساكنة الرجل ، وهو ملزم بقبولها فى منزل الزوجية . ولا تختلف طبيعة هذا الالتزام عما قدمنا فى شأنه بالنسبة للشريعة المسيحية ، وقد نص عليه بالنسبة لليهود جميعا من ربانيين وقرائين [٢].

ويبدو أن اختيار المسكن للزوج ، فى الأصل ، كما هو الشأن بالنسبة للشريعة المسيحية ، لأنه « يسودها » ، وأن « عليها توقيره كما يوقر السيد والملك » . كما أنه إذا « شاء النقلة إلى غير المكان لعدم ملاءمة السكان ، فليس

(١) وهذا الحكم لدى الربانيين والقرائين . وتقضى المادة ١٣١ من ابن شمعون بأن « على الزوج أن ينفق على علاج زوجته إذا مرضت فاذا أزمن مرضها خيرها بين أخذ حقوقها لتنفق على نفسها وبين الطلاق ، ولكنه تخيير ممقوت » . وهذا هو نفس ما جاء فى شعار الخضر ص ١١٤ ، وهم يقولون بعلاجها حتى تشفى . و « إذا جنت المرأة فلا يمنع هذا من الانفاق عليها . وعلى الرجل أن يعالجها : وإذا شاء التزوج بأخرى جاز للسلطة الشرعية إجابة طلبه » (م ١٣٢) . كما نص فى موضع آخر على أنه « لا يجوز طلاق المجنونة قبل شفائها ، وإنما للرجل أن يتزوج عليها بحيث لا يضر هذا بمؤنتها وعلاجها » (م ٣٣٣ من ابن شمعون) .

(٢) والنصوص لدى الربانيين متعددة ، كما سنرى . وعند القرائين يفهم الالتزام بالمعيشة المشتركة مما نص عليه من أنها « إذا ترملت أو طلقت ولا ذرية لها رجعت الى بيت أبيها . . » (ص ١١٢ شعار) أنها تعيش فى منزل زوجها . ويفهم هذا الالتزام كذلك مما نص عليه من أنه ليس للزوج أن يمنعها عن أقربائها . . . ص ١١٥ و ١١٦ . وهذا يعنى أنها تكون فى منزل الزوجية . كما نص على أنه « اذا تزوج فى غير بلده ، فله أخذها معه . . . كما أن له النقلة من بيت الى آخر . . » (ص ١٧١ شعار الخضر) .

لها منعه ولو كان البيت لها[1] » .

إنما يجب أن تتوافر فى المسكن الذى تلتزم الزوجة بالإقامة فيه مع زوجها شروط المسكن الشرعى ، فيجب أن يكون مناسبا للاقامة[2] ، بين جيران صالحين[3] . ويبدو أنه لا يلزم أن يكون المنزل مستقلا — فى الأصل — كما هو الشأن بالنسبة للمسيحيين . فقد يسكن معها أهل الزوج . لكن إذا اضطهدوها ، وكرهت أن تقيم معهم ، وطلبت مسكنا خاصا لها ، أجيبت إلى طلبها[4] .

---

(١) انظر شعار الخضر ص ١١٥ و ص ١١٦ . كما أنه اذا اختلفت جهة إقامة الزوجين ولم ينص فى العقد على جهة منها اتبعت جهة الزوج ، وليس للزوجة أن تتوقف . . » (م ١٩٢ من ابن شمعون) ، مما يعنى تفضيله من حيث المسكن الذى يعده وأن على الزوجة أن يتبعه فيه .

(٢) وتنص المادة ١٩٣ من ابن شمعون على أنه « اذا اتحدت جهة الاقامة ، فليس للرجل اكراه زوجته على السفر معه ، وانما يجوز الانتقال فى ذات الجهة من مدينة الى مدينة ، أو من قرية الى قرية ، بحيث يكون الموطن المراد الانتقال اليه لا أقل جودة من الأول ، ولا أقل يهوداً » . فاذا كانت الجهة المراد الانتقال اليها غير موافقة ، كان للسلطة الشرعية منع الرجل عن السفر حتى يطلق زوجته ، وذلك مهما كان اضطرار الزوج إلى الانتقال . ولهذه السلطه النظر والفصل فيما إذا كان الانتقال لسبب تعذر المعيشة فى الجهة الأولى (م ١٩٤ و ١٩٥) . وانظر كذلك شعار الخضر ص ١١٧ والهامش .

(٣) فاذا لم يكن الجيران صالحين ، وتأذى الزوج منهم ، كان له نقل مسكنه ، حتى ولو كان ملكا لزوجته . بل إن للزوجة نفسها هذا الحق فى هذه الصورة (أنظر م ٢٠٢ من ابن شمعون وانظر كذلك ص ١١٦ شعار الخضر . وتقضى الشريعة اليهودية بوجوب تغيير المسكن « إذا تعذر معرفة أى الاثنين السبب للكدر لعلة ألا جيران يشهدون » (م ٢١٩ من ابن شمعون) .

(٤) انظر م ١٩٦ من ابن شمعون . لكن إذا تعذر ثبوت الاضطهاد — لعلة أن لا جيران وجب اتخاذ مسكن آخر غير منفرد . وإذا لم يكن هناك اضطهاد ، وأصرت الزوجة على الاستقلال عدت كارهة شرعا ، ولا يكون لها غير ما هو موجود مما دخلت به ، ولاحق لها فيما اشتراه لها من ماله أو أهداه اليها (أنظر المادتين ١٩٧ و ١٩٨) .

وللزوجة أن تمنع مجىء أهل الزوج الى مسكنه إذا سبب هذا المجىء تكدير صفوها . ومن ناحية أخرى ليس للرجل منع أبوى زوجته عنها وقت مرضها ، ووضعها (م ١٩٩ — ٢٠٠ من ابن شمعون) .

كما يلزم أن يكون المسكن الذى يعده الزوج مؤثثا بما يتناسب وحال الزوج ؛ بحيث يكون صالحا للإقامة فيه ، وإلا لايعتبر مسكنا شرعيا ؛ وبالتالى إذا امتنعت الزوجة عن الإقامة فيه لاتعد ناشزا . وهذا ما أقره القضاء [1] .

إذا وجد المسكن الشرعى وتوافرت فيه الشروط ،ألزمت الزوجة بالإقامة فيه مع زوجها ، أما إذا لم تتوافر شروطه وتركته الزوجة ، فلا تعد ناشزاً ، كما لا تعد ناشزاً كذلك إذا تركت منزل الزوجية بمبرر ، كما إذا تركته للشقاق بينها وبين الزوج ، وكان هو المتسبب فيه ، أو تركته هرباً من الضرب ، وفى هذه الحالة تسقط نفقتها [2] . وإذا كان على الزوجة أن تنتقل مع زوجها وتتبعه طبقًا لما تقضى أحكام الشريعة اليهودية ، فانها تعد ناشزاً وتسقط حقوقها قبل الزوج [3] . كما يكون له أن يطلب إدخالها فى طاعته ، كما سنرى .

هذا وعلى الزوج أيضاً أن يساكن زوجته ، وإذا ما أخل بالتزامه ، كان عليه الانفاق عليها . كما يكون للزوجة منعه من السفر إذا كان ذلك إلى

---

(١) أنظر حكم استئناف القاهرة فى ١٩٥٦/٦/٢٠ قضية رقم ٣١٢ س ٧٣ ق ، خفاجى ورابح ص ٤٦ .

(٢) وتنص المادة ١١٩ من ابن شمعون على أنه « إذا قام شقاق بين الزوجين ، وكان الرجل السبب فيه ، واضطرت المرأة أن تترك بيته واستدانت لتنفق لزمة الدين » . كما تنص المادة ٢٢٢ على أنه « إذا تركت الزوجة المنزل هرباً من الضرب واضطرت أن تستدين لتنفق لزم زوجها الدين » . أما « إذا اضطرت المرأة أن تبعد من منزل زوجها لسوء ما يتقوله عنها الجيران ، ولم تطلب نفقة ، عد سكوتها تركا وتنازلا بقدر ما يفوت من الزمن» (م ١١٨).

(٣) فتسقط نفقتها ، كما يسقط حقها فى المهر ومؤجل الصداق . وإذا حكم بالطلاق فانه يقضى به « بلا حقوق للمرأة » (أنظر المادتين ٣٤٦ و ١٩٢ من ابن شمعون) . وهـذا هو الحكم لدى القرائيين كذلك ، إذا لم تمتثل المرأة ، كان للزوج طلاقها بلا حقوق (ص١١٧ شعار الخضر) ، ما لم يكن هناك تعنت (ص ١١٧ هامش ٢) .

جهة بعيدة [١] . وللسلطة الشرعية منع الرجل عن السفر حتى يطلق زوجته ، إذا كانت الجهة المراد الانتقال إليهـا غير موافقة ، مهما كان اضطراره. (م ١٩٤) .

ما تقتضيه المساكنة من الالتزام **بالمخالطة الجسدية** : والالتزام بالمعيشة المشتركة ، والمساكنة يقتضى أن يخول كل من الزوجين للآخر حقًا على جسده . وهذا الالتزام مشترك بين الطرفين تقتضيه طبيعة الزواج وغاياته ، وهو لهذا يقوم لدى القرائين ولدى الربانيين .

فمن ناحية الرجل ، يجب عليه لزوجته حق مباشرتها ، بما يتفق وقوته ، وصحته ، وعمله . فليس له أن يمنع هذا الواجب عنها ، ما لم يكن لذلك موجب من مرض أو نحوه . فاذا قصد من وراء ذلك تعذيبها عد ظالما مخالفًا للشرع ، واعتبر كارهًا ، ولزمه طلاقها مع أداء حقوقها [٢] .

---

(١) أنظر المادة ١٢٩ من ابن شمعون . كما أنه « ليس للرجل أن يسافر براً أو بحراً بلا إذن زوجته » (م ١٤٢) وهذا هو الحكم عند القرائيين . فللزوجة إلزام زوجها على المساكنة إذ جاء فى شعار الخضر ص ١١٩ أنه « إذا طلبت منع زوجها من المهاجرة لما فى ذلك من حرمانها منه ، فللشرع إجابة طلبهـا . . . اللهم إلا إن كانت هجرته لعلم الـكتاب ، فانه يباح للعلماء ما لا يباح لغيرهم ، ولو كان فى الإباحة ما فيها من حرمان الزوجة أو الإقلال ، فان أولى العلم يعفون عن غيرهم » .

(٢) أنظر المواد ١٠٦ و ١٢٤ و ١٢٥ و ٢١٤ من ابن شمعون . وتجـاب الزوجة إلى طلبها التطليق ، إنما لها « أن تعفـو اكتفاء بمولودين ذكر وأنثى » (م ١٢٦) . وإذا كان المنع بسبب المرض صبرت امرأته ستة أشهر ، فاذا لم يشف جاز لها طلب طلاقها ولها مؤجل الصداق . إذا كان المرض يرجى شفاؤه ، كان للسلطة الشرعية مد المهلة (م ١٢٧ و ١٢٨). وهذا هو الحكم لدى القرائيين كذلك : إذ على الزوج إحصان زوجته ، فلا يقلل من عادته وذلك بحسب مقدرته وقوته ، ولا يعرض عنها قصداً ، وللشرع نهيـه عن الإعراض ، وإذا طلبت المرأة الطلاق ألزموه به ، وكذلك إذا كان عنيناً أو مريضاً ومنعه المرض عنها ستة أشهر ، وعليه كل ما لها فى ذمته ، ما لم تعف (أى ما لم تعف عن طلب الطلاق تعففاً وتأدباً) . ويضيف القراءون أنه إذا تزوج بأخرى ، فلا ينبغى أن يقبل على الثانية ويعرض عن الأولى ، بل يعدل ، وبحسب مقدرته بطبيعة الحال (أنظر ص ١١٢ — ١١٣ من شعار الخضر).

ومن ناحية المرأة ، فانه ليس لهـا أن تمنع نفسها عن زوجهـا بغـير عذر شرعى ، وإلا عرضت حقوقها للضياع[1] ، وهذا بطبيعة الحال ، ما لم يكن لامتناعها عذر مشروع[2] .

ما يقتضيه الالتزام بالمخالطة من واجب **الاخلاص والأمانة** : وإذا كان لـكل من الزوجين حق جسدى على الآخر ، فان هذا الحق قاصر عليـه وحده . ولهذا يمتنع على الرجل الاتصال بغيرزوجته . كما تمتنع على هى الأخرى عن الاتصال بغيره . وتتوسع الشريعة فى مدلول هذا الواجب . فلا تقصره فقط على حالة الزنا . بل تدخل فى الاعتبار أموراً أخرى قد تستوجب الطلاق كذلك . وفى هذا يتفق القراءون والربانيون .

فعندهم أن الزوجة إذا خالفت الشرع أو الأدب أو إذا زنت . تسقط حقوقها[3] .

---

(١) مادة ٩٧ من ابن شمعون . فاذا منعت نفسها عن زوجها لـكراهتها إياه ، فليس لها غير ما هو موجود مما دخلت به ، ولا حق لها فيما اشتراه لها من ماله أو أهـداه إليها . وإذا كان امتناعها لمخاصمته ومنازعته إياها ، أنذرها الشرع بضياع حقوقها أربع مرات متواليات فى كل أسبوع مرة ، فاذا بقيت على امتناعها ، وأبت الطلاق انتظر عليها سنة لا تجب فيها النفقة، فاذا مضت بلا ثمرة ، يؤمر بالطلاق ، وليس لها إلا ما هو فى حيازتها مما دخلت به (م ١٦٩ و ١٧٠ — أنظر كذلك م ١٧١ و ١٧٢) .

وهذا الحكم يؤخذ به لدى القرائيين كذلك ، فعلى الزوجة تلبية زوجها كلما دعاها ، مالم يكن هناك عـذر شرعى ، وإلا فهى ناشز (موريدت) . ومتى ثبت نشوزها شرعاً جاز طلاقها بلا حقـوق ، عدا ما يكون موجوداً لها من الجهـاز (ص ١١٥ شعار) وانظر كذلك بالنسبة للمخاصمات بينهما حول اعتزاله إياها وامتناعها عنه ، وحقوقها فى هذه الحالة (ص ١١٧—١١٨).

(٢) كالحيـض ، أو ما لم يكن الوقت من الأوقات المقدسة الممنوع العمل بهـا شرعاً (شعار الخضر ص ١١٥)

(٣) وهى تعد مخالفة للشرع إذا ارتدت أو أطعمت زوجها بغير علمه شيئاً محرماً شرعاً =

وكذلك تعد المرأة أنها أخلت بالتزامها بالاخلاص إذا اختلت بالغير [1] .

وإذا أخل الزوج بواجب الأمانة والاخلاص ، كان للزوجة أن تطلب الطلاق . ولكن شريعة الربانيين تستلزم لامكان المرأة طلب الطلاق أن يعتاد الرجل على الزنا [2] . أما شريعة القرائين فانها تجعل للمرأة طلب الطلاق متى كان له مسوغ . ولهذا يجوز لها أن تطلب الطلاق إذا ارتكب زوجها الزنا [3] .

ثالثا : حقوق الزوجة على زوجها — النفقة الزوجية

١٤٧ مكرر (٧) **وجوب النفقة على الزوج ـ أحكامها** : يلتزم الزوج بالانفاق على زوجته فى الشريعة اليهودية . فلا تلزم الزوجة بالانفاق على زوجها [4] ،

= أو تكشفت الطمث حيث يجب عليها الإخبار ، أو هددت زوجها بالأذى (م ١٧٨ من ابن شمعون — وانظر كذلك شعار الخضر ص ١٢٠ ، وانظر كذلك ص ١٢١) .

وتعد الزوجة مخالفة للأدب إذا خرجت عن اللياقة والاحتشام ، أو تعدت على زوجها أو أبويه بالسب أو الشتم (م ١٧٩ ابن شمعون وانظر كذلك م ١٨٠ ، وكذلك ص ١٢٠ شعار الخضر ، وانظر كذلك ص ١١٦) .

أما الزانية فهى التى يثبت عليها الزنا شرعاً . أنظر المادة ١٨١ من ابن شمعون ، وانظر كذلك المواد التالية حتى ١٨٧ . وكذلك شعار الخضر ص ١٢٠ — ١٢٢ وكذلك ص ١٢٤ .

(١) أنظر المواد ١٨٧ — ١٩٠ من ابن شمعون . وانظر كذلك شعار الخضر ص ١٢٠ — ١٢١ .

بل إن الرجل إذا حلف زوجته أن لا تكلم إنساناً معيناً وأنذرها بسقوط حقوقها ولم تمتثل كانت مخالفة شرعاً ، وضاعت عليها حقوقها (م ١٩١) ، ويمكن الأخذ بهذا الحكم كذلك لدى القرائين إذا اعتبرت الزوجة مداعبة ومخالطة للأدنياء ، وآتية ما يدعو إلى الريبة وسوء السمعة (ص ١٢٠ شعار) .

(٢) م ٢١٦ من ابن شمعون .

(٣) أنظر ص ١٢٨ شعار . ولم يرد تحديد لما يعتبر مسوغاً ، ولذلك يمكن الطلاق لعلة الزنا أو لغيره كالاختلاء بامرأة أخرى ، باعتبار أن هذا يعد مسوغاً .

(٤) وذلك خلافاً للشريعة المسيحية التى تلزم الزوجة بها على سبيل الاحتياط فى حالات استثنائية ، كما قدمنا . وانظر فى وجوب النفقة على الزوج حكم استئناف القاهرة فى ١٩٥٦/٦/٢٠ رقم ٣١٢ س ٧٣ ق المحاماة س ٣٧ عدده ص ٥٨٥ ، وقد أشار إليه كذلك خفاجى ورابح ، ص ٤٢ رقم ٣ .

كما لا تلزم ،فى الأصل ، بالانفاق على نفسها [١] . ولا تختلف الأحكام الخاصة بالقرائين عن الربانيين فى شأن النفقه . وإن كان الربانيون يوردون تفصيلا أكثر فى هذا الصدد . وقد شرعت للزوجة نظير احتباسها . فاذا لم يتوافر الاحتباس بسبب لا يرجع إلى الزوج سقطت نفقتها ، على ماقدمنا فى البند السابق عند كلامنا عن الالتزام بالمساكنة .

والنفقه كما عرفناها من قبل لدى المسيحيين هى كل ما يلزم للمرأة من طعام (مؤونة) ، وكسوة ، وسكن ، وعلاج حال المرض [٢]. بل إن الشريعة اليهودية تضيف إلى ذلك أن على الزوج إفداء زوجته إذا أسرت ، وذلك بقدر ما يلزم لافدائها من المال ؛ وليس له أن يطلقها من أجل أسرها [٣]؛ كما أن عليه كذلك دفنها عند الوفاة وما يلزم لذلك من نفقات ، حسب عرف البلد ، وبحسب مركز أهلها ومركزه الاجتماعى [٤].

---

(١) وهى تلزم بالانفاق على نفسها حتى ولو كانت تعمل ، إذا لم ترغب فى الانفاق على نفسها ، فاذا عارضت أن تنفق من كدها وأنفقت أكثر مما ربحت وجب على زوجها أن يكمل لها ما نقص (م ١١٧) وإذا أنفقت الزوجة من كدها ، فليس لها مطالبة على الرجل . وإنما مايفيض عما أنفقت يكون لها دونه (م ١١٦ من ابن شمعون).

(٢) أنظر المادة ١٠٦ من ابن شمعون وكذلك ص ١١١ وما بعدها من شعار الخضر ويضيف القراءون أنه إذا كان الزوج « ميسوراً أعانها بخادمة » (ص ١١٦) . وأما العلاج فيلتزم به الزوج « حتى تشفى . وإذا أزمن المرض واستوجب كثرة الانفاق » فله أن يعطيها مما لها عنده من الحقوق تنفق منها ولـكنه مكروه » (ص ١١٤ شمـار) . وهذا المعنى هو ما جاءت به المادة ١٣١ بالنسبة للربانيين فى حالة الالتزام بالعلاج .

(٣) أنظر م ١٠٦ و ١٣٣—١٣٦ من ابن شمعون ، وانظر كذلك شعار الخضر ص ١١٤ — ١١٥ . ويختلف القراءون والربانيون فى أن الأخيرين يلزمون الزوج بافدائها مرة واحدة ، فاذا أسرت بعد ذلك كان له أن يطلقها خلافاً للقرائين ، إذ يلزم دائما بافدائها ما دام قادراً .

(٤) فاذا أهمل الزوج فى ذلك أو قصر أو كان غائباً قام الشرع مقامه من ماله . أنظر م ١٠٦ و ١٣٧ — ١٣٩ وكذلك ص ١١٥ من شعار الخضر .

كيف تؤدى : إذا كان الزوجان يعيشان معا قام الزوج بالانفـاق على زوجته . أما لم يقم بالانفاق عليها رغم بقائها فى منزل الزوجية ، أو إذا تركته بسبب راجع إليه هو ، بحيث لا تعتبر ناشزاً ، فانه يكون للزوجة المطالبة بالنفقة وإلزام الزوج بها . ويقدر القضاء النفقة بأنواعها المختلفة(١) .

أساس تقديرها : وتقدر النفقة ، فى الأصل ، بالنظر إلى حال الزوج ، فاذا كان مقتدرا وجب عليه أن يوسع لها بقدر معيشة أهلها ، ويراعى فى التقدير كذلك ما يحيط بهما من ظروف (٢) .

وتقدير النفقة مؤقت ، أى أنه قابل للزيادة والإنقاص ، بحسب الظروف . ولهذا فان أحكام النفقة لا تحوز حجية إلا إذا لم تتغير الظروف التى صدر فيها الحكم ، وذلك على التفصيل السابق فى كلامنا عن الشريعة المسيحية .

امتناع الزوج عن أداء النفقة : قد يمتنع الزوج عن أداء النفقةدون مبرر مع التزامه بها ، وفى هذه الحالة إذا ما كان التزام الزوج بحكم قضائى ، كان

---

(١) والنفقة تدفع معجلا وشهراً فشهراً على الأقل (م ٢٠٩ من ابن شمعون) . وحكم هذا النص وارد بشأن نفقة الأرملة ، ولكن لامانع من الأخذ به فى حالةالنفقة الزوجية كذلك .

(٢) وهذا هو الحكم بالنسبة للربانيين (أنظر المادة ١٠٧و١٠٨) والقرائين (ص١١٢ شعار) . وانظر كذلك محكمة استئناف القاهرة فى ١٩٥٦/٦/٢٠ رقم ٣١٢ س ٧٣ ق — خفاجى ورابح ، السابق ص ٤٢ رقم ٤ .

ويراعى فى تقدير نفقة الطعام أن يـكون مما يأكل منه الرجل ويشرب (م١٠٧ من ابن شمعون) وينص القراءون على أن تـكون « نفقة إطعامها مما كانت معتادته قبل الزواج » مع مراعاة صحتها . فاذا لم يوافقها المأكل فلها ما يوافق...» (ص ١١٢ شعار) . أما الـكسوة الشرعية فهى كسوة الشتاء والصيف بحسب عادة البلد ، مع مراعاة حال الزوج من اليسر والعسر (م١٢١ منابن شمعون) . وينص القراءون كذلك على أن «كسوتها كسوة النهار والليل والسبوت والأعياد وأيام حيضها وغير ذلك بحسب درجتها وميسرته ... » (ص ١١٢ شعار) . والمسكن الشرعى يجب أن يزود بما يلزمه من الأثاث بقدر حالة الرجل (م ١٢٢ منابن شمعون) .

للزوجة أن تلجأ إلى تنفيذه بالطرق القانونيةطبقا للقواعد الخاصة باستيفاءالديون والتنفيذ على أموال المدين ، على نحو ما قدمنا لدى المسيحيين . ويثور الكلام فى هذا الصدد حول ما إذا امتنع الزوج عن أداء النفقة ، مع قدرته على القيام بها ، هل يمكن حبسه طبقا للاحكام الواردة فى المادة ٣٤٧ من اللائحة الشرعية، الخاصة بالمسلمين ؟ رأينا أنه ينبغى تطبيق حكم هذه المادة لدى المسيحيين، خاصة وأن من الطوائف المسيحية ما يقضى بالحكم نفسه ، ويجيز حبس الزوج لعدم أداء النفقة . لكن هل يمكن أن نطبق الحكم نفسه بالنسبة لليهود ؟ يمكن القول فى هذا الصدد بإعمال الاحكام التى تكلمنا عنها من قبل لدى المسيحيين من حيث إمكان تنفيذ الأحكام بالنفقة عن طريق الاكراه البدنى إعمالا للمادة ٣٤٧ من اللائحة الشرعية والمادة ٢٩٣ من قانون العقوبات(١) .

وفضلا عما سبق ، فان الشريعة اليهودية تجعل من تشدد الزوج فى الانفاق على زوجته ، بحيث تتكدر المعيشة ، سببا يجيز للزوجة طلب الطلاق(٢) .

تقادم دين النفقة وانقضاؤه : لا جدال فى أن النفقة الزوجية تظل مستحقة طالما بقيت الحياة الزوجية ، ما لم يوجد سبب لإسقاطها ، كما إذا نشزت

---

(١) أنظر ما سبق رقم ١٤١ . وهذا ما يقره الفقه : أنظر جميل الشرقاوى ٥٩/٦٠ ص ٣٠٤ و ص ٣٠٥ ، وأحمد سلامة ، ط ٢ رقم ٣٣٧ ص ٧٣٧ .

(٢) أنظر م ٢٢١ ابن شمعون . بل إنه إذا « أعوز الرجل حتى لم يعد فى وسعه القوت الضرورى لزمه الطلاق ، وبقيت حقوق الزوجة دينا فى ذمته » (م ٢١٥) . ولا يختلف الحكم عند القرائين عن ذلك ، إذ على الرجل نفقة زوجته ، « وإلا فالطلاق إذا قصر ، مالم تعف » (ص ١١٣ شعار) .

الزوجة[١] . وهى تستحق من حين العقـــد [٢] . إلى أن تنقضى الرابطة الزوجية [٣] .

وإذا كانت الزوجة تستحق النفقة من حين العقد إلى أن تنقضى الزوجية مالم تسقط عنها للنشوز ، فانها قد تسقط عنها مع ذلك فى بعض الفروض، كما فى فى حالة ما إذا كانت معيبة ، أو فى حالة امتناعها عن زوجها[٤] . لكن هل تسقط النفقة بالتقادم طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، التى لا تجيز سماع الدعوى بالنفقة عن مدة تزيد على ثلاث سنوات ، سابقة على رفع الدعوى ؟ . رأينا عند كلامنا عن الشريعة المسيحية أن الحكم الوارد فى المادة ٩٩/٦ من اللائحة الشرعية خاص بالمسلمين ، وأن الأمر بعد ذلك يخضع للقواعدالعامة فى القانون المدنى ، فلا يتقادم إلا بمرور خمس سنوات ، حيث لا توجد نصوص خاصة لدى المسيحيين . وهذا هو ما نرى العمل به كذلك لدى اليهود ، ما لم يوجد نص يقضى بسقوط النفقة . ويبدو أن النفقة تسقط لعدم المطالبة بها فى حالات خاصة لا تستحق إلا من وقت المطالبة بها فقط ، فلا تستحق عن المدة السابقة .

---

(١) فاذا كان لذلك مبرر لا تسقط نفقتها : أنظر المواد ١١٩ و ٢٢٢ و ١١٨ من ابن شمعون .

(٢) وتنص المادة ١٠٢ من ابن شمعون على أنه « يترتب على عقد الزواج ما يترتب عليه شرعا من الحقوق من حين العقد ، ولو لم يطأ الرجل المرأة ، وكان لا مانع من الوطء» .

(٣) فاذا انقضت الرابطةالزوجية ثار الكلام حول استحقاق الزوجة للنفقة، وهو ما نعرض له فيا بعد عند كلامنا عن الآثار التى تترتب على هذا الانقضاء .

(٤) ذلك أنه إذا كانت المرأة معيبة لا تصلح للرجال ، وادعت اللياقة ، فانهـا تفحص شرعا وتبقى بلا نفقة حتى يتم الفحص (م ١٥٨ من ابن شمعون) . وإذا امتنعت عنه لمخاصمته ومنازعته إياها ، أنذرها الشرع بضياع حقوقها أربع مرات ... فاذا بقيت على امتناعها وأبت الطلاق انتظر عليها سنة لا تجب فيها النفقة ... (م ١٧٠) .

هذا ما عرضت له بعض النصوص[1]. كما يفهم من بعض نصوص أخرى أن النفقة قد تستحق من وقت معين[2]. ولهذا نرى أنه إذا لم ينص على استحقاقها من وقت معين . فانه يرجع دائما إلى الأصل العام وهو أنها تستحق من وقت الامتناع عن أدائها مع استحقاقها ، ما لم تسقط بالتقادم ، لأنها تصير دينا عاديا بعد ثبوت الحق فيها .

نفقة زوجة المجنون والغائب : إذا أصيب الزوج بالجنون والعتـة ،كان للزوجة أن تحصل على حكم بالنفقة[3].

وإذا كان الزوج غائبا ، فان لزوجته أن تنفق من ماله على نفسها . ويحكم لها القضاء بالنفقة ويحجز على أموال الغائب ويبيعها قضاء للنفقة[4]. هذا إذا كان

(١) فقد نصت المادة ١٠٩ من ابن شمعون على أنه لا نفقة للزوجة على زوجهـا قبل ثلاثة شهور من يوم الزواج اذا سافر . . فاذا مضت الثلاثة شهور ، ولم تطلب الزوجة نفقة فلا تقدر لها الا من **يوم الطلب** . . ونصت المـادة ١١٨ على حالة ما اذا اضطرت المرأة إلى ترك المنزل لسوء ما يتقوله عنها الجيران ، ولم تطلب نفقة ، « عد سكوتها تركا وتنازلا بقدر ما يفوت من الزمن . كما نصوا على سقوط نفقة الأرملة كذلك إذا سكتت سنتين عن طلب النفقة أو ثلاثة سنين إذا كانت موسرة ، إذ يعد هـذا تنازلا عن المدة الماضية (م ٢٤٥) . وقد نص القراءون كذلك على أن نفقة الأرملة تكون من يوم الطلب ، (ص ١١٣ شعار).

(٢) من ذلك ما نص عليه فى المادة ١٠٩ المشار إليها فى الهامش السابق من أنه « إذا كان السفر هجراً وإيذاء حق لها تقدير النفقة من وقت سفره » . وانظر كذلك المادة ١١٥.

(٣) م ١٢٠ من ابن شمعون . وكذلك شعار الخضر ص ١١٧ وقد جاء فيه أنها تجاب إلى النفقة إذا طرأ عليه « عته أو فقد النطق ».

(٤) انظر م ١١٠ . فاذا أنفقت الزوجة على نفسها فى غياب زوجها بأن باعت شيئاً من متاعه ، بحكم شرعى أو بلا حكم ، ثم نازعها الزوج عند حضوره ، فادعى أنه ترك لها ما يكفى للانفاق ، وهى أنكرت صدقت بيمينها (م ١١٥ و ١١٠) . فاذا صبرت حتى يعود ، وطالبته بما أنفقت ، وأدعى أنه ترك لها نفقة صدق هو بيمينه (م ١١٥) وانظر كذلك المادة ١٠٩.

وعند القرائين إذا تركها دون أن يعطيها ما تنفق منه باعت من أمتعته وعاشت ، وليس لها البيع بمحض إرادتها بل بواسطة السلطة الشرعية ، (أنظر ص ١١٢ والهامش من شعار الخضر وكذلك ص ١١٧). وقد جاء فى هذا الموضع الأخير أنها إذا طالبت بنفقة وحلى أجيبت إلى الأول دون الثانى ضرورة كونه غائباً غير موجود معها .

للزوج مال يمكن الانفاق منه ، فاذا كانت أمواله لدى مدين للزوج ، أو لدى مؤتمن على وديعة له ، لزم هذا المؤتمن أو ذاك المدين أن يخرج مما عنده لنفقة الزوجة[1]. فاذا لم تكن للزوج أموال واستدانت زوجته فى حال غيابه من أجل النفقة لزمه الدين [2].

رابعا : حقوق الزوج على زوجته — الطاعة

١٤٧ مكرر ٨ — وجوب الطاعة على الزوجة لزوجها : عرضنا فيما سبق للالتزام بالطاعة فى الشريعة المسيحية . ولا يختلف الحكم لدى اليهود ، عما بيناه من قبل بصفة عامة ؛ إذ عندهم أن الرجل هو رأس المرأة ، ولهذا فان « عليها أن تكون تحت طاعته ، وإليه نزعتها وهو يسودها ، كما هو نص الكتاب ». كما أوجبوا عليها كذلك « توقيره ، كما يوقر السيد والملك[3] » . ولما كانت الطاعة عندهم مما جاء به الكتاب ، فانه ينبغى إعمال أحكامها لدى كل من الربانيين والقرائين .

وتجب الطاعة على الزوجة متى زفت إلى زوجها . وعليها أن تطيعه وتمتثل لأوامره ونواهيه فى الحدود المشروعة . ويقتضى ذلك أن تطيع الزوجة زوجها

---

(١) أنظر المادتين ١١١ و ١١٢ من ابن شمعون .

(٢) م ١١٣ من ابن شمعون . فاذا «تطوع أحد وأنفق على الزوجة ، فلا رجوع له على الزوج بغير إرادته ، وإنما إذا كان المنفق (دائناً) له وجبت المقاصة» (م ١١٤).
وانظر فى نفقة الغائب فى الشريعة اليهودية حكم استئناف القاهرة فى ١٩٥٦/٤/٢٥ رقم ١٤ س ٧٣ ق - خفاجى ورابح ، السابق ص ٤٢ رقم ٢ .

(٣) شمار الخضر ص ١١٥ وص ١١٦ .

فيما له عليها من حقوق الزوجية[1] ، وللزوج عليها حق التأديب فى الحدود المشروعة[2] .

هذا ولما كانت الطاعة واجبة على الزوجة فى الشريعة اليهودية ، فإنه يمكن إعمال الأحكام الواردة فى اللائحة الشرعية بالمادتين ٣٤٥ و٣٤٦ من حيث إمكان تنفيذ الحكم بالطاعة جبراً على الزوجة اليهودية ، لأن القواعد الواردة فى هذا الخصوص قواعد إجرائية تسرى على جميع المواطنين من مسلمين وغير مسلمين . ولاشك فى أن نشوز الزوجة يخول للزوج فى هذه الحالة طلاقها مع إسقاط حقوقها لتوافر المسوغ الشرعى لذلك .

الفرع الثانى

الآثار بالنسبة للأولاد

١٤٧ مكرر (٩) ــ تمهيد : عرضنا للآثار التى تترتب على الزواج بالنسبة للأولاد فى الشريعة المسيحية وبينا ما يترتب من حقوق والتزامات بين الوالدين والأبناء ، ورأينا أن أهم ما يثور الكلام عنه فى هذا الصدد هو ثبوت النسب،

---

(١) أنظر م ٧٣ من ابن شمعون ، وكذلك ص ١١٥ شعار الخضر - فعليها أن تلبيه كلما دعاها ما لم يمنعها الحيض . . ، وإلا عدت ناشزاً ، وجاز طلاقها ... وعليها أن تقوم على خدمته بشخصها ... (م ٧٤ من ابن شمعون) وأن تقوم بخدمة البيت وبالرضاعة بنفسها إذا كانا فقيرين (م ٧٨) ...

وللرجل منعها من إرضاع غير ولده بأجر ، وليس له أن يكرهها على أن يرضع ولدهما غيرها (م ٨١ و ٨٢ من ابن شمعون) .

(٢) فليس له أن يضربها ، حتى من أجل التأديب (م ١٤٦ وكذلك ٢١٧) . فاذا اعتاد الضرب كان لها طلب الطلاق (م ٢١٦) أما إذا كان للضرب باعث شرعى من جهة الزوجة فلا يصح لها طلب الطلاق (م ٢١٨ من ابن شمعون).

وذلك باعتباره مسألة أولية ، وإذا ما ثبت ترتبت بين الوالدين والأبناء حقوق والتزامات لا يؤثر فيها انقضاء الرابطة الزوجية بين الوالدين . ولاشك في اعتبار مسألة ثبوت النسب من مسائل الأحوال الشخصية ، وبالتالى تطبق فى شأنها أحكام الشرائع الملية ، إذا مارفعت دعوى النسب بصفة مستقلة ، على نحو ما بينا من قبل [١] . وتختلف أحكام الشريعة المسيحية بصفة عامة عن الشريعة اليهودية من ناحية مسألة ثبوت النسب ، ذلك أن الشريعة اليهودية لم تعرض لهذا الموضوع بالتفصيل ، كما فعلت بعض الطوائف المسيحية ، على ما بينا . ثم إنها لم تنظم مسألة التبنى كما يبدو لنا من المرجع الرئيسى لدى القرائين والربانيين ، بل إن القرائين تكلموا عن النسب بصورة عارضة فى مواطن متفرقة من كتاب شعار الخضر [٢] . وسنعرض فيما يلى لهذا الموضوع كما نظمته شريعة الربانيين فى كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لابن شمعون ، فنعرض له حال قيام الزوجية ، كما نعرض له فى حالة ما إذا كان العقد على المرأة غير مستوف لكافة أركانه الشرعية وذلك فى حالة التقديس فقط ، وكذلك فى حالة ما إذا تزوجت المرأة المتزوجة بزوج ثان مع قيام زواجها الأول ، ثم

---

(١) أنظر فيما سبق بند رقم ١٤٤.

(٢) من ذلك ماجاء فى ص ٨٩ بالنسبة للعقد على الاجنبية (غير اليهودية) ، من أن هذا العقد «لا ينفذ والمولود منها أجنبى مثلها كابن الجارية لا ينسب له ، ولو تهود لقوله « عصوا الله وجاءوا بنسل غريب» . ومن ذلك أيضاً ما جاء (ص ٩٧-٩٨) بالنسبة لابن الحرام ، وهو ما يقال له بالعبرية « ممزير » من « موزار » بمعنى مقصى أو مبعد عن الأمة لا تقبله إلى الأبد .

وما جاء عند الكلام عن الزانية (ص ١٠١) وتحريمها لما ينشأ عن الزواج بها من « جهل النسب» . وما جاء (ص ١٠٤) عند الكلام عن الرجوع إلى المرأة بعد عقد الغير عليها ، حتى ولو انقضت العدة ، فان «الذرية تعاب ولو أنها شرعية تنسب وتقبل».

نعرض للاقـرار بالنسب ، ونسب اللقيط ، وأخيرا نبين ما يترتب على ثبوت النسب من آثار وبصفة خاصة فى شريعة الربانيين .

١٤٧ مكرر ١٠ – ثبوت النسب حال قيام الزوجية : يعتبر الأولادشرعيين إذا ما ولدوا من زوجيه صحيحة قائمة . وتأخذ الشريعة اليهودية كذلك بقرينة الولد للفراش . وهذا ما يجب العمل به سواء لدى القرائين أم لدى الربانيين ، حتى ولو لم ينص عليه .

وقد نصت القواعد الخاصة بالربانيين على أن أقل مدة للحمل هى سبعة أشهر [(١)] . أما أقصى مدة للحمل ، فانها سنة ؛ مع مراعاة أن الوضع العادى أو الغالب إنما هى تسعة أشهر . ولهذا نصوا على أنه إذا غاب الرجل عن زوجته فوضعت بعد سنة من غيابه كان المولود « ابن زنا شكاً » [(٢)] . أما إذا لم يكن الرجل بعيداً عن زوجته ؛ فلا ينفى نسب الولد من أبيه [(٣)] ، حتى ولو بإشاعة الزنا حول الزوجة ، اللهم إلا إذا كانت هذه الزوجة قد اشتهرت بقلة العفاف ، ففى هذه الحالة يصح نفى النسب بإشاعة الزنا (م ٢٩٢) .

---

(١) م ٢٨٩ من ابن شمعون . وتعتبر السبعة أشهر كاملة شرعاً ، ولو لم يكن إلا يوم من الشهر الأول ويوم من الشهر السابع (م ٢٩٠) . والواقع أن هذه طريقة فريدة فى احتساب مدة الحمل تختص بها شريعة الربانيين إذ يتصور أن يكون خمسة شهور ويومين فقط . وقـد رأينا أن الشريعة المسيحية تجعل الشهر ثلاثين يوماً ، وتجعل أقل مدة الحمل ٦ شهـور أو ١٨٠ يوماً .

(٢) م ٢٩١ . وهذا النص فى اعتقادنا ينصرف إلى جميع الحالات التى يكون فيها الرجل بعيداً عن زوجته سواء لغيبه ، بمعنى الغيبة التى يتكلم عنهـا القانون عادة ، أو لغيبته بعده عنها لهجره إياها وثبوت ذلك على نحو قطعى ، أو لانفصاله عنها بالطلاق أو نحوه .

(٣) والأصل عنـدهم أن الولد ينسب إلى أبيه ، ما لم يكن الأب من غير الملة ، فانه ينسب لأمه (م ٢٨٨ من ابن شمعون).

ومن هذا يتبين لنا أنه إذا تمت الولادة خلال المدة السابقة[١]، فان الولد يعد شرعيا ، ما لم ينف نسبه . وقد رأينا أن للزوج أن ينفى نسب الولد منه إذا كانت زوجته مشهوره بقلة العفاف . وله أن ينفى نسبه فضلا عن ذلك ، وبصفة عامة ، قبل الوضع وبعده ، إذا لم يكن قد أقر به ، ما لم ينف هذا الإقرار شرعا[٢] . مع مراعاة أن للأب أن يرجع إلى النسب بعد نفيه(م٢٩٧) ومع مراعاة أن نفى نسب الولد لا يكون إلا من الأب فقط ، فلا يقبل من الزوجة نفى نسب حملها (م ٢٩٩) . بل إنه لا يقبل نفى نسب الولد من أبيه إذا كان لهذا الولد ذرية[٣] .

وإذا ما ثبت نسب الولد على النحو السابق ، فانه يترتب على ذلك قيام حقوق وواجبات متبادلة بين الآباء والأبناء . أما إذا انتفى النسب ، فقد نص على عدم استحقاق من انتفى نسبه للنفقة (م ٢٩٨) . ويراعى ، أن النسب يثبت عن طريق شهادة مستخرجة من السجلات الرسمية تتضمن صورة مما تم قيده فى سجل المواليد . فاذا لم يوجد هذا الدليل أمكن الاثبات بكافة الطرق ، ولكن إذا وجد هذا الدليل ، فانه لا يمكن إثبات عكس ما جاء فيه أو ما دون بالسجلات إلا بحكم ، على ما بينا من قبل[٤] .

---

(١) أى بعد تسعة أشهر أو سبعة (مع احتسابها على النحو السابق) من تاريخ الزواج ، أو فى خلال سنة من انقضاء الرابطة الزوجية أو انفصال الزوج عن زوجته لغيابه .

(٢) أنظر المادتين ٢٩٣ و ٢٩٥ . وتقضى هذه الاخيرة بأنه «إذا أقر الأب بالنسب فلا يقبل منه أن ينفيه إلا بنفى الاقرار شرعا» . فالنفى فى هذه الحالة - بعد الاقرار بالنسب - يكون منصباً على الاقرار ذاته ، وذلك بالطعن عليه .

(٣) أنظر م ٢٩٤ .

(٤) أنظر فيما سبق بند رقم ١٤٥ ص ٧٤٨-٧٤٩ .

١٤٧ مكرر (١١) ـ اثبات النسب من زواج لم يستكمل اركانه : رأينا أنه لقيام الزواج فى الشريعة اليهودية لابد من التقديس ، والعقد المكتوب ، والصلاة الدينية ، صلاة البركة . ولما كان من الجائز تقديم التقديس وإرجاء الركنين الآخرين ، فان هذا وحده لا يكفى. حقا إن المرأة ترتبط شرعا بمجرد التقديس ، فلا تحل لآخر إلا بالطلاق أو الوفاة ، ولكن عدم توافر الركنين الآخرين لا يجعل المرأة تحل للرجل ؛ إذ التقديس وحده لا يكفى ، فلا يحل للرجل الدخول على الزوجة قبل استكمال باقى الأركان ، وإذا أقام الرجل مع المرأة بغير كتابة عقد الزواج الشرعى كان ذلك ممنوعا ، ولو كان هناك تقديس[1] .

ويترتب على ذلك أنه لو أقام الرجل مع المرأة التى تقدست له ، ثم حملت منه ، فان هذا الحمل يعد ـ ولاشك ـ خارج زواج صحيح . ومع ذلك فان الشريعة اليهودية ـ حرصا منها على مصلحة الأولاد ـ عملت على تصحيح نسبهم فى هذه الحالة ، فنصت على أنه « إذا حملت الفتاة المقدسة، ونسبت الحمل إلى خاطبها ، وأقر به ، أو تغيب ولم يرد أن يحضر لينفى ، أو حضر وعجز عن النفى ، صحت النسبة إليه ، وإلا فالمولود من الزنا » (م ٣٠٠) . ومعنى هذا أن النسب يصير صحيحاً إذا اعترف الرجل بالحمل فى هذه الحالة ، أو تغيب ولم يرد أن يحضر لينفى ، أو حضر وعجز عن النفى ، فاذا لم يحصل هذا بأن رفض الاعتراف بالحمل أو أمكنه أن ينفى الحمل ، كان المولود ابن زنا .

هذا إذا نسبت المقدسة الحمل إلى خاطبها . فاذا « تعذرت نسبة الحمل لغياب

---

(١) أنظر المواد ٦٠ و ٦١ و ٦٦ من ابن شمعون .

المخطوبة أو لعدم درايتها ممن هو ، فهو ابن زنا شكًا » (م ٣٠١) . وإذا أشيع أن الخاطب تمكن منها هو وغيره ، فلا ينسب الحمل أو المولود إليه ، إذا لم تنسبه هى له[1].

١٤٧ مكرر (١٢) — نسب الولد من زواج ثان : عرضت شريعة الربانيين كذلك لحالة ما إذا غاب الرجل عن زوجته واعتقدت هذه الأخيرة أنه قد توفى ، فتزوجت من آخر ، وحملت ، ونصت على أن الحمل فى هذه الحالة يعتبر حمل زنا ، وينسب المولود إلى الرجل الثانى (م ٣٠٦) . وفى هذا الصدد كذلك تحرص الشريعة اليودية على إثبات نسب الولد من الزوج الثانى ، مع أن زواجه باطل[2]. ولكن ، لما كان الزواج الأول لا زال قائما ، فالزوج الأول — وهو الزوج الشرعى — إذا حضر واختلى بالزوجة قبل التفريق بينها وبين الرجل الآخر ، وحملت ينسب الحمل له ، وعد ابن زنا (م ٣٠٧) .

١٤٧ مكرر (١٣) — الاقرار بالنسب : تجيز شريعة الربانيين الإقرار بالنسب . فقد يقر شخص بأن آخر ابن له ، وفى هذه الحالة ينفذ الإقرار شرعا ، إذا ما وافقه المقر له . وهذا هو الحكم كذلك إذا ما أقر شخص بأخوة أو بعمومة ، أو بغير ذلك ، إذ فى جميع تلك الحالات ينفذ الإقرار شرعا ، إذا ما وافق المقر له بالنسب[3].

ولكن لما كان للإقرار أثر نسبى ، فانه يجب ألا يضر بالغير ، إعمالا للقواعد العامة فى هذا الصدد . وإعمال هذه القاعدة فى حالة الاقرار بغير البنوة

---

(١) م ٣٠٢ . وطبيعى أنه إذا ما نسبته هى للخاطب فى هذه الحالة، كان له أن ينفيه طبقاً لما بينا وما تنص عليه المادة ٣٠٠.

(٢) ويعد الولد ابن حرام عند القرائين (أنظر ص ٩٧-٩٨ من شعار الخضر).

(٣) أنظر م ٣٠٣.

من الصور السابقة ، فيه حمل للنسب على الغير ، ولهـذا يكفى أن يعامل المقر بإقراره ، سواء من حيث الحقوق التى ترجع إليه هو نفسه ، كوجوب النفقة عليه مثلا ، أم من حيث الميراث ، على نحو ما بينا من قبل[1] .

١٤٧ **مكرر (١٤) ـ اثبات نسب اللقيط :** تعـرضت شريعة الربانيين كذلك لاثبات نسب اللقيط[2] . وإذا كان الأصل أنه لا ينسب ويعد من أبناء الزنا المشكوك فى أمرهم ، إلا أنه إذا ادعى أحد أنه أبوه أو واحدة أنها أمه ، وكان لم يزل بمكانه ، ولاح على الدعوى صدقها ، نسب إلى مدعيه أو مدعيته . فاذا نقل اللقيط من موضعه ، ثم ادعاه إنسان ، فلا ينسب له ، ما لم يؤيد دعواه (م ٣١٩ و ٣٢٠) .

١٤٧ **مكرر (١٥) ـ الآثار التى تترتب على ثبوت النسب :** رأينا أنه إذا ثبت النسب قامت حقوق وواجبات متبادلة بينهم وبين الوالدين . ولاشك فى هذا إذا كان النسب يتعلق بأولاد شرعيين مولودين من عقد شرعى ؛ فاذا انتفى النسب ، لا يثبت لمن تم نفى نسبه النفقة[3] .

ومع ذلك فان الربانيين يقررون أنه « لا فرق فى الحقوق والواجبات بين المولود عن غير عقد شرعى لأبوين من الملة ، والمولود عن عقد شرعى » . كما أن «مولود المحرمة شرعا . أو مولود الزنا هو كغيره فى الحقوق والواجبات» (م ٣٠٤ و ٣٠٥) .

---

(١) أنظر ما سبق ص ٧٥٤ـ٧٥٥ وهامش ١ من ص ٧٥٥ .

(٢) ولا يعد لقيطاً بالمعنى الشرعى ، إذا دلت القرائن على أن إلقاءه لم يكن الغرض منه إهلاكه (م ٣١٨) .

(٣) إذ تنص المادة ٢٩٨ من ابن شمعون على أنه « لا نفقة لمن انتفى نسبه» .

الفصل الرابع

انحلال الزواج

١٤٨ - تمهيد . رأينا فيما سبق [1] أن من الخصائص الجوهرية للزواج فى **الشريعة المسيحية** - وعلى خلاف الشريعة اليهودية - كونه رابطة مؤبدة غير قابلة للانحلال (indissolnble) . وعدم القابلية للانحلال يقوم على اعتبار أن الزواج فى الشريعة المسيحية مقدس ، ويشبه ارتباط الرجل بزوجته بارتباط المسيح بالكنيسة ، وبما أن علاقة المسيح بالكنيسة علاقة إلهية مقدسة دائمة ، فكذلك العلاقة الزوجية تعتبر سراً إلهياً مقدساً دائما ، وهى تعتبر كذلك متى انعقد الزواج صحيحاً واعتبرته الكنيسة كذلك [2] .

وقد أقام المسيحيون وصف التأبيد الذى يلحق الزواج وعدم قابليته للانحلال على ما ورد فى أقوال المسيح وأقوال الرسل ، كما أوردنا من قبل وكما سنرى فيما بعد . وإذا كانت الشريعة المسيحية قد وضعت هذا المبدأ ، كقاعدة عامة ، فانه توجد حالات تنحل فيها الرابطة الزوجية . ولكن تلك الحالات لم تنل من الأصل العام فى هذه الشريعة ، وهو عدم قابلية الزواج فيها للانحلال . فالأصل

---

(١) أنظر ص ٣٤٦ - ٣٥٠ من هذا الكتاب .

(٢) وإذا كان البروتستانت لا يرتفعون بالزواج إلى مرتبة السر الإلهى ، فانهم مع ذلك يعتبرونه رابطة مقدسة ، وشركة دائمة بين الزوجين ، وهم يعنون فى تقديس الرابطة الزوجية ويرونها أشرف من البتولية ، لأن الله رسم نظام الزواج منذ بدء الخليقة وكرمه حيث جاء فى رسالة الرسول بولس إلى العبرانيين «ليكن الزواج مكرماً عند كل واحد، والمضجع غير نجس» (أنظر فيما سبق ، فقرة ٧٩ ص ٣٤٢ وما بعدها) .

هو عدم القابلية للانحلال وعلى سبيل الاستثناء تنحل الرابطة الزوجية فى حالات معينة . هذا عند المسيحيين :

أما فى **الشريعة اليهودية :** فيختلف الوضع ، فقدسبق أن رأينا [١] أن الشريعة اليهودية تختلف عن الشريعة المسيحية من حيث أنها تجيز تعدد الزوجات ، كما تجيز انحلال الرابطة الزوجية بارادة الزوج وحدها عن طريق الطلاق ، كما أنها تبيح أيضا أن يتفق الزوجان على الطلاق ، وتجعل للمرأة أن تطلب إلى القضاء تطليقها فى الحالات التى تحددها الشريعة فى هذا الصدد .

وفى الحالات التى تنحل فيها الرابطة الزوجية سواء لدى المسيحيين أم لدى اليهود ، يتم الانحلال بالنسبة للمستقبل فقط ، خلافا لما رأينا من قبل بصدد بطلان الزواج الذى يترتب على الحكم به إنهاء الرابطة — فى الأصل — بالنسبة إلى الماضى والمستقبل . وتنحل الرابطة الزوجية بالموت كما تنحل بأسباب أخرى . ولهذا فاننا نتكلم أولا عن انحلال الزواج بالموت ، ثم نتكلم بعد ذلك عن الأسباب الأخرى . وفى صدد هذه الحالة الأخيرة قد تنحل الرابطة الزوجية لدى المسيحيين بصورة تامة ، وهو ما يحدث عن طريق التطليق . وقد تقف الحياة المشتركة بين الطرفين مع بقاء هذه الرابطة ، وهذا ما يكون فى حالة الانفصال الجسدى أو الجسمانى . وسنتكلم عن انحلال الرابطة الزوجية بالموت، ثم نتكلم عن انحلالها بغير الموت . ولما كانت أحكام انحلال الرابطة الزوجية بالموت لا تختلف لدى كل من المسيحيين واليهود ، فاننا نعرض لهذا السبب بصفة عامة لدى كل منهما . ثم نعرض بعد ذلك لانحلال الزواج فى حياة الزوجين لدى المسيحيين ، ثم لانحلاله كذلك لدى اليهود .

---

(١) أنظر فيما سبق رقم ٧٩ مكرر ص ٣٥٠ وما بعدها .

المبحث الاول

انحلال الزواج بالموت

١٤٩ ـ **الموت الحقيقى والموت الحكمى** : الموت هو السبب الطبيعى الذى تنقضى به الرابطة الزوجية بصفة عامة لدى كافة الشرائع . وبالموت فى الشريعة المسيحية ، تقف الآثار التى تترتب على العلاقات بين الزوجين ، ويحل لمن لم يمت منهما التزوج ثانية . وهذا أمر لا جدال فيه بين الطوائف المسيحية على اختلاف مذاهبها (١) . وقد جاء فى رسالة بولس الرسول إلى أهل رومية (٢) . « أن الناموس يسود على الإنسان ما دام حياً . فان المرأة التى تحت رجل هى مرتبطة بالناموس بالرجل الحى . ولكن إن مات الرجل فقد تحررت من ناموس الرجل . فاذا ما دام الرجل حياً تدعى زانية إن صارت لرجل آخر . ولكن إن مات الرجل فهى حرة من الناموس ، حتى إنها ليست زانية إن صارت لرجل آخر » .

---

(١) وقد نصت المجموعات الخاصة بالطوائف على ذلك . وتقضى المادة ٤٧ (مجموعة ١٩٥٥) أقباط أرثوذكس بأنه « يفسخ الزواج بأحد أمرين . الأول : وفاة أحد الزوجين »... وأنظر كذلك المسألة ٢٥ و ٣١ من الخلاصة . وقد جاء فى المسألة ٣١ أن الرجل « إذا ماتت زوجته وأراد التزوج يحل له ذلك ، إنما يلزمه الصبر مدة الحزن على زوجته بحسب ما يليق ويحتمل ، أما الامرأة إذا مات زوجها فلا بد لها من أن تمكث عشرة أشهر لوفاة زوجها ، وحينئذ إذا أرادت التزوج فلتتزوج » . ومن هذا يتضح أنه إذا كان لمن بقى من الزوجين أن يتزوج ثانية ، إلا أنه إذا كان هو الزوج لزمه الانتظار مدة الحزن طبقاً لما هو متبع . وإن كنا نرى أن مخالفة هذا الواجب لا يترتب عليها أى جزاء قانونى . أما إذا كانت المرأة هى الباقية فتلزمها العدة على نحو ما بينا من قبل بصدد الكلام عن العدة كمانع من موانع الزواج (ما سبق فقرة ١١٥ مكرر ص ٥٣٥ وما بعدها وانظر بالنسبة لليهود فقرة ١٢٦ (٤٨) ص ٥٩٣) .

(٢) الاصحاح ٧ عدد ٢ و ٣ . وانظر كذلك رسالته الأولى إلى أهل كورنثوس الاصحاح ٧ عدد ٣٩ .

على أنه لكى يتحرر الباقى من الزوجين من الرابطة ويكون له أن يتزوج، يتعين أن تثبت وفاة الزوج الآخر بيقين . ويبين القانون عندنا أن الوفاة تثبت بالسجلات الرسمية المعدة لذلك عن طريق تقديم مستخرج من سجلات قيد الوفاة . ولما كانت الوفاة واقعة ، فانه يمكن إثباتها بكافة الطرق ، مع مراعاة أنه إذا ما أريد إثبات عكس أو بطلان أو تزوير ما هو مدون بالسجلات فى هذا الشأن ، فانه يتعين أن يكون ذلك بحكم قضائى . وهذا إذا كانت الوفاة قد قيدت بالسجلات ، أما إذا لم تكن قد قيدت بالسجلات الرسمية فان الاثبات يجوز بكافة الطرق [1] . وإذا كانت الوفاة تثبت على النحو السابق حتى يستطيع الزوج الآخر التزوج ، فان المقصود بذلك أن تكون الوفاة حقيقية . ومع ذلك فقد يفترض القانون موت الشخص فى بعض الأحيان إذا لم يمكن القطع بحياته أو مماته . وهذا هو الشأن بالنسبة للمفقود .

والمفقود هو الشخص الذى غاب عن موطنه أو محل إقامته غيبة منقطعة ، وانقطعت أخباره ، بحيث لا تعرف حياته من مماته . وفى هذه الحالة يبيح القانون اعتباره ميتا ، متى توافرت شروط معينة ، وتنقضى شخصيته تبعاً لذلك . وهو يختلف عن الغائب . فالغائب هو من يغيب عن موطنه أو محل إقامته ، ولكن

---

(١) أنظر المادة ٣٠/٢ مدنى . ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جزء ١ ص ٣٢٢ .

هذا ، وقد نظم قانون الأحوال المدنية (رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠) مسألة قيد الوفيات فأوجب التبليغ عنها خلال ٢٤ ساعة الى مكتب الصحة فى الجهة التى تحدث فيها ، اذا وجد ، فاذا لم يوجد يكون التبليغ الى العمدة الذى يقوم بدوره باخطار مكتب الصحة فوراً ، ويقوم مكتب الصحة باخطار أمين السجل المدنى المختص خلال ٧ أيام من إبلاغه . وقد ألزم القانون أشخاصا معينين بالتبليغ عن الوفاة . ولكل ذى مصلحة أن يستخرج صورة رسمية طبق الأصل مما يقيد فى السجل المعد لذلك (أنظر بالنسبة للوفيات المواد من ٢٩ الى ٣٥ ، وانظر كذلك المادة ١١ من قانون الأحوال المدنية سالف الذكر) .

حياته تكون معلومة ، حتى ولو لم يكن محل إقامته فى الخارج معلوما . ولهذا لا يعد الغائب مفقوداً . وقد سبق أن بينا [1] أن الغيبة فى ذاتها لا تعتبر سبباً كافياً لإبرام زواج جديد بالنسبة للمسيحيين ، بل لا بد من تحقق موت الغائب وإثبات ذلك على وجه يقينى . وفى هذه الحالة يصدر حكم بتطليق الحاضر من الزوجين . وإذا ما قضى بذلك أصبح فى حل من أن يتزوج من جديد . وسنرى فيما بعد إلى أى مدى تأخذ الشريعة المسيحية بالتطليق على أساس الغيبة .

وينص القانون المدنى عندنا فى المادة ٣٢ على أن « تسرى فى شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة فى قوانين خاصة . فان لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية » . وقد تعرضت بعض القوانين الخاصة لتنظيم أحكام الفقد والغيبة . وتبين المادة ٢١ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالقانون ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ أحكام الفقد . وهى تفرق بين حالتين :

(١) حالة المفقود الذى يغلب عليه الهلاك ، كما إذا فقد فى حرب أو فى كارثة ، كزلزال أو فيضان . وفى هذه الحالة يحكم بموت المفقود بعد أربع سنين من تاريخ فقده ، أو يصدر قرار وزير الحربية باعتباره مفقوداً إذا كان من العسكريين [1] .

---

(١) انظر ص ٥٢٧ من هذا الكتاب. وانظر كذلك مؤلفنا فى المدخل للعلوم القانونية « الكتاب الثانى فى نظرية الحق - الطبعة الاولى ١٩٦٠ ص ١٤٢ وما بعدها .

(٢) ويقوم قرار وزير الحربية بالنسبة للعسكريين مقام صدور حكم القضاء بالنسبة للمدنيين وذلك بشرط مرور الأربع سنوات . أنظر فى سبب التعديل الذى أدخله القانون ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ بالنسبة للعسكريين المذكرة الإيضاحية لهذا القانون .

(٣) وحالة المفقود فى غير الظروف السابقة ، كمن سافر إلى بلد آخر طلبا للعلم أو للسياحة وانقطعت أخباره ، ولم تعلم حياتهمن مماته . فىهذه الحالة يفوض أمر المدة التى يحكم بموته بعدها إلى القاضى . وبديهى أنه لا ينبغى أن تقل هذه المدة عن أربع سنين [١] .

ويترتب على الحكم بموت المفقود ، أو صدور قرار وزير الحربية باعتبار الشخص مفقوداً إذا كان من العسكريين ، اعتباره ميتا . ولهذا يكون لزوجته التزوج ، بعد أن تعتد من تاريخ الحكم أو القرار [٢] .

هذا عن الأثر المترتب على الحكم بموت المفقود أو صدور قرار بذلك .

ويثور التساؤل هنا فى حالة ما إذا ظهرت حياته بعد ذلك . تطبق فى هذا الصدد أحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. فاذا كانت زوجة المفقود لم تتزوج تعود إلى زوجها . أما إذا كانت قد تزوجت ، ففى الأمر تفصيل. فاذا كان الزوج الثانى قد عقد عليها فقط دون أن يدخل بها ، ينفسخ العقد الجديد وتعود إلى زوجها الذى ظهرت حياته . وكذلك الأمر فى حالة ما إذا كان الزوج الثانى قد تزوجها وهو يعلم بحياة زوجها المفقود ، أو كان قد عقد عليها خلال فترة العدة .

---

(١) ذلك أنه إذا كان يلزم مرور أربع سنين فى حالة غلبة الهلاك ، فمن باب أولى يلزم ألا تقل المدة عن ذلك فى هذه الحالة ، حيث لا يغلب الهلاك على المفقود . وفى جميع الحالات لا يجوز الحكم بوفاة المفقود إلا بعد أن يتحرى القاضى عنه بجميع الطرق الممكنة ، ليعرف ما إذا كان حياً أو ميتاً .

ومع ذلك فان الأحكام المذكورة لا تمنع كل ذى شأن ، كالزوجة فى هذه الحالة ، من أن يدعى موت المفقود ، حتى ولم تنقض مدة أربع سنوات على فقده ، فان ثبتت الدعوى بأية طريقة من طرق الإثبات انتهت شخصيته بموته حقيقة لا حكما فى هذه الحالة (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، جزء أول ص ٢٢٨) .

(٢) أنظر المادة ٢٢ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالقانون ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ .

أما إذا كان الزوج الثانى حسن النية لا يعلم بحياة المفقـود ، وتم الزواج بالدخول ، ولم يكن عقده عليها خلال فترة العدة فانها تـكون له [1] . وذلك لأن الزوج الثانى قد تزوجها بناء على حكم قضـائى ودخل بهـا بعقد بنى على أسس صحيحة فى الظاهر ، وهى الحـكم ـ بعد التحرى بكافة الوسائل الممكنة ـ بفقد الزوج الأول . ولا يقال إن الزوجة هنا قد جمعت بين زوجين لانحلال الزواج الأول بناء على الحـكم بالفقد

---

(١) وتنص المادة ٨ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أنه « إذا جاء المفقـود أو لم يجيء وتبين أنه حى ، فزوجته له ، ما لم يتمتع الثانى بها غير عالم بحياة الأول . فان تمتع بها الثانى غير عالم بحياته ، كانت للثانى ، ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الأول » .

ويعرض النص لحالة فقد الزوج والحكم بالنسبة لزوجته إذا ما ظهرت حياة المفقود . لـكنه لم يبين الصورة العكسية وهى حالة ما إذا كانت الزوجة هى التى فقدت وحكم بفقدها . فـماذا يكون الحكم إذا ما ظهرت حياتها بعد ذلك ؟ قياساً على ما جاء به القانون بالنسبة لعودة الزوج المفقود ، تعود الزوجة التى حكم بفقدها إلى زوجها إذا لم يكن قد تزوج ، كما تعود إليه كذلك إذا كان قد عقد زواجا ثانياً لـكنه لم يكتمل بالدخول، أو إذا كانت زوجته الجديدة تعلم حياة الأولى ، لأن الزواج الثانى ينفسخ بعودة الأولى . لـكن إذا كانت الثانية حسنة النية وتم الدخول ، فان الأولى لا تعود ، وتظل الثانية على ذمته ، وذلك حتى لا يجمع بين زوجتين ، وخاصة أن الزواج الثانى قد تم بحسن نية ، وبناء على الحكم بالفقد. وهذا فى الشريعة المسيحية التى لاتتعدد فيها الزوجات ، خـلافا للشريعة اليهودية والشريعة الاسلامية ، حيث يمكن أن تتعدد الزوجات .

ومع ذلك فقد أورد فيليب جلاد بالنسبة للكاثوليك (قاموس الادارة ، جزء ٥ ، السابق ص ٣٨١) ما يأتى «من ظن بضمير سليم أن امرأته ماتت فتزوج ، ثم ظهر أن الأولى حيـة لزمه العودة إليها» . وهذا الحكم يعرض — كما يبدو — لحالة يتم فيها الزواج الثانى دون أن يكون هناك حكم بفقد الزوجة الأولى . ويقابل هذا ما جاء فى شريعة **الربانيين** فى حالة ما إذا « غاب الرجل واعتقدت زوجته وفاته وتزوجت وحملت ، كان الحـمل ابن زنا ونسب إلى الرجل الثانى » (م ٣٠٦ من ابن شمعون) . ومن الواضح أن الزوجة إذا كانت حسنه النية ، إلا أنها لم تحصل على حكم باثبات أن زوجها مفقود ، وبالتالى يظل زواجها الأول قائماً ، فليس لها أن تتزوج بآخر طالما ظل الزواج الاول قائماً لعدم اعتبار الزوج ميتاً حكما .

هذا عن انحلال الزواج بالموت ، سواء كان الموت حقيقة ، أو حكماً فى حالة المفقود ، والقواعد المتعلقة باثبات وفاة الشخص ، وكذلك المتعلقة بالمفقود ، هى قواعد عامة موحدة بالنسبة للجميع مسلمين وغير مسلمين ، وذلك إعمالا لنص المادة ٣٢ من القانون المدنى [١] . وتبعاً لذلك فانها تسرى على جميع غير المسلمين من مسيحيين ، ويهود .

على أنه إذا كانت الرابطة الزوجية تنقضى بالموت على النحو السابق [٢] ، إلا أن من الآثار المترتبة عليها ما يظل باقيا حتى بعد وفاة أحد الزوجين . هذه الآثار تترتب على قيام الزواج نفسه ، كحرمة المصاهرة مثلا . وفى بعض البلاد التى تحمل فيها الزوجة اسم زوجها يظل لها الحق فى ذلك ، طالما بقيت دون زواج جديد . . .

---

(١) أنظر فى هذا إهاب حسن اسماعيل : انحلال الزواج فى شريعة الاقباط الارثوذكس (رسالة من القاهرة ١٩٥٩) ص ٧٣ وما بعدها . وحكم القاهرة الابتدائية للأحوال الشخصية فى ١٩٥٩/٦/١٣ قضية رقم ٩٥٤ لسنة ١٩٥٨ أحوال شخصية ، وقد أشير إليه فى المرجع السابق ص ٧٧-٧٨ .

(٢) كما أن دعوى الطلاق تنقضى بوفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم النهائى بالطلاق (مادة ٦٠ من مجموعة ١٩٥٥ أقباط أرثوذكس) .

المبحث الثانى

انحلال الزواج حال حياة الزوجين

فى الشريعـــة المسيحية

١٥٠ — اختلاف موقف الكنائس فى شأنه — تقسيم المبحث :
لايثير انحلال الزواج بالموت أى خلاف بين المسيحيين على اختلاف مذاهبهم ، وذلك على العكس انحلاله بغير الموت ، فمن الكنائس مالايبيح انفصام الرابطة الزوجية بأية قوة ولا لأى سبب خلا الموت ، ومنها ما يبيح انفصامها حال حياة الزوجين ، على خلاف بينها من حيث التوسع أو التضييق فى الأسباب المؤدية إلى ذلك [١] . وقد ساعد على هذا الانقسام تدخل العوامل والظروف السياسية التى مرت بها الكنائس المناصرة لكل من الاتجاهين . ولهذا نرى أن نعرض فى إيجاز لكل منهما ، والأسانيد التى قام عليها ؛ ونبين الظروف التى ساعدت على هذا الانقسام ، والخلاف بين الكنائس المسيحية [٢] .

أما عن **الاتجاه الأول** فقد أخذت به الكنائس الكاثوليكية . إذ القاعدة عندهم أن الزواج لا ينحل إلا بالموت وهذه قاعدة لا استثناء لها . ولكن الزواج الذى لا ينحل على هذا النحو هو الزواج الصحيح المقرر المكتمل

---

(١) وقد ظهر هذان الاتجاهان منذ وقت مبكر من تاريخ المسيحية ، وحاول أنصار كل فريق أن يساند رأيه ويقيم الدليل عليه . إلا أن الأمر انتهى بأن ساد كل منهما إلى جانب الآخر ، فريق يرى أنه لا يباح انفصام الرابطة بغير الموت وآخر يرى غير ذلك . ولم يكتب لأى من الرأيين الغلبة على الآخر على مر العصور المختلفة .

(٢) ومن المفيد أن نشير قبل كل شيء إلى أن هذا الخلاف لم ينل من المبدأ العام الذى يتسم به الزواج فى الشريعة المسيحية من حيث عدم قابليته للانحلال. فقد بقى هذا الأصل قائماً حتى لدى الكنائس التى توسعت فى أسباب انحلال الزواج حال حياة الزوجين .

(ratum et consommatum) الذى حصل فيه الدخول . إذ بالمخالطة الجسدية يصير الزواج سراً إلهياً غير قابل للانحلال بأية وسيلة من الوسائل حال حياة الزوجين [١] ، حتى ولو فى حالة الزنا [٢]. وقد استند هذا المذهب إلى أسانيد متعددة وحاول أنصاره تدعيمه بشتى الحجج .

(١) فقد أكدته المجامع الكنسية بصورة واضحة حتى فى حالة الزنا ، ونصت قرارات كثير من المجامع على أنه ليس لأى من الزوجين التزوج من شخص آخر ، ما دام الزوج الأول حياً ، حتى ولو كان قد ارتكب الزنا . كما قررت أنه إذا كان من الممكن انفصال الزوجين فى المضجع بسبب الزنا ، فليس من المباح عقد زواج جديد ، لأن الرابطة الزوجية التى انعقدت بينهما رابطة أبدية لا تنحل إلا بالموت [٣].

---

(١) فاذا لم يكن الزواج مكتملا بالدخول ، أمكن انحلاله فى حالات معينة نص عليها القانون الكنسى ، كما سنرى فيما بعد فقرة رقم ١٧٢ وما بعدها .

(٢) ومع ذلك ، فقد وجد من عارض هذا المذهب وأباح انحلال الرابطة الزوجية بسبب الزنا . والواقع أن الكنيسة الكاثوليكية لم تستطع فرض قاعدة عدم انحلال الزواج بغير الموت منذ البداية نظراً لتأصل القانون الرومانى فى النفوس ، إذ كان يبيح الطلاق . وقد استند كثير من آباء الكنيسة إلى ما جاء إنجيل متى وما أحاط به من غموض وأباحوا الطلاق بسبب الزنا . إذ بدا لهم مما جاء فى الاصحاح ١٩ عدد ٩ حيث قيل « وأقول لكم إن من طلق امرأته إلا بسبب الزنا وتزوج بأخرى يزنى ... » أن الطلاق مباح بسبب الزنا .

ومع ذلك فانه لم يجيء القرن الثانى عشر إلا وقد راجت فكرة عدم انحلال الزواج فى حياة الزوجين ، حتى ولو بسبب الزنا ، ولم يعد هذا المذهب يلقى معارضة نظراً لدفاع الكثيرين من رجال الكنيسة ، كما سنرى ذلك فى المتن (أنظر بلانيول وروبير وبولانجى ، السابق فقرة ١٠٦٣) وانظر فى الاشارة إلى من عارضوا المذهب الكاثوليكى De Smet السابق ص ٢٩٦ — ٢٩٧ والهوامش فى هذا الصدد) .

(٣) أنظر قرارات المجامع الكنسية المشار إليها فى De Smet السابق ٢٨٠ — ٢٨٦ والهوامش . وفى الاشارة إلى ما تقرر فى المجمع التريدنتينى مقال للأب عادل إيليا بعنوان « هل تسمح الكنيسة بالطلاق » ، الرسالة المخلصية العدد السابق الاشارة إليه ص ٤٩٥ .

(٢) وإلى جانب المجامع الكنسية ، جاءت المراسيم البابوية مؤكدة هذا المذهب . وقد أشار الفقهاء إلى الكثير من تلك المراسيم ، ويبدو مذهب الكرسى الرسولى واضحاً فى كفاحه الذى قام به ضد الملوك والأمراء الذين خالفوا مبدأ عدم القابلية للانحلال[١] .

ومنذ القرون الأولى ، فى الوقت الذى لم يكن فيه للكنيسة من الناحية العملية سلطة تنظيم الزواج ، حاول البابوات التأثير على القوانين المدنية وجعلها تقرب شيئا فشيئاً من التنظيم الكنسى للزواج . كما حاولت الكنيسة كذلك التقليل من حالات الطلاق ، وجعل الحصول عليه أمراً صعبا ، وجعل الآثار المترتبة عليه أكثر جسامة وإرهاقاً . وانتهى إلى نجاحها فى حمل السلطة المدنية على إقرار مبدأ عدم قابلية الزواج للانحلال . وهذا ما أقر به خصوم الكنيسة أنفسهم[٢] .

(٣) ولقد أيد آباء الكنيسة وكتاب القانون الكنسى هذا الاتجاه منذ القرون الأولى ، وإذا كان بعض المؤمنين قد خرج على هذا المذهب فى البداية فان الأمر قد انتهى إلى أن صار مجمعا عليه[٣] .

---

(١) أنظر فى هذا : المرجع السابق ص ٢٨٧—٢٨٨ والهوامش فى هذا الصدد . وانظر كذلك عن كفاح الكنيسة فى هذا الصدد ووقوفها فى وجه عظماء العالم مقال الأب عادل إيليا ، المشار إليه فى الهامش السابق ص ٤٩٥—٤٩٧ .

(٢) وإذا كان من بين هؤلاء من ذكر بعض أمثلة سمح فيها البابا بانحلال الزواج بالنسبة لكبار الشخصيات والأمراء ، فإن التمعن فى تلك الأمثلة يكشف عن أنها كانت إما فى حالة زواج غير مكتمل ، أو زواج باطل . (أنظر فى هذا وفى أمثلة تلك الحالات De Smet السابق ص ٢٩٨ والهوامش) .

(٣) المرجع المشار إليه فى الهامش السابق ص ٢٩٠—٢٩١ .

(٤) الاستناد إلى ما جاء فى الكتاب المقدس : ولقد حاول أنصار مذهب عدم قابلية الزواج المسيحى للانحلال أن يوفقوا بين هذا المذهب وما جاء فى إنجيل متى [١] حيث يبدو أنه يبيح الطلاق لعلة الزنا . وفى سبيل التدليل على ذلك يقولون إن من طلق لعلة الزنا ليس له أن يتزوج ، لأن هذا الطلاق لا يحررهما من الرابطة الزوجية بل تبقى هذه الرابطة قائمة ، وأن الطلاق لا يعنى انحلالها وتحرر كل من الطرفين - كما ترى المذاهب الأخرى - بل إنه ينصرف إلى معنى انفصالهما مع بقاء الرابطة ، ويدللون على ذلك بقول الانجيل إن « من يتزوج مطلقة فانه يزنى » (اصحاح ٥ عدد ٣٣) . كما يدللون على ذلك بما بينه الانجيل فى هذا الصدد من أن شريعة موسى التى أباحت الطلاق لم تكن شريعة مثالية ، وأن نص الانجيل جاء معيداً للوضع إلى حالته الأولى ، إذ لم يكن الأمر من البدء هكذا كما قررت شريعه موسى . وأن ماسمح به موسى كان من أجل قساوة قلوب اليهود فقط ، وأن الخروج على هذا الأصل ينبغى أن ينتهى ؛ إذ أن ما جمعه الله لا يفرقه إنسان [٢] .

ويؤيد هذا الاتجاه كذلك ما ورد فى الأناجيل الأخرى ، غير إنجيل متى . حيث يتبين منها بصورة لا استثناء لها أن من يطلق امرأته ويأخذ أخرى يعد

(١) فى الاصحاح ٥ عدد ٣٢ والاصحاح ١٩ عدد ٩ .

(٢) أنظر متى الاصحاح ١٩ عدد ٢ وما بعده حيث ورد فيه : « وجاء إليه الفريسيون ليجربوه قائلين له هل يحل للرجل أن يطلق امرأته لكل سبب . فأجاب وقال لهم أما قرأتم أن الذى خلق من البدء خلقهما ذكراً وأنثى ، وقال من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسداً واحداً . إذاً ليسا بعد اثنين بل جسد واحد . فالذى جمعه الله لا يفرقه إنسان . قالوا له فلماذ أوصى موسى أن يعطى كتاب طلاق فتطلق . قال لهم إن موسى من أجل قساوة قلوبكم أذن لكم أن تطلقوا نساءكم . ولكن من البدء لم يكن هكذا ... » .

زانياً[1] . ويرى أنصار هذا المذهب أنه ينبغى أن يفسر ما جاء فى الأناجيل الأخرى[2] ، وأن الزواج لا ينحل فى أية صورة من الصور حتى ولو فى حالة الزنا ، وأن الطلاق لا يقصد به انحلال الرابطة . ويؤيد هذا التفسير ما جاء فى رسالة بولس الأولى إلى أهل كورنتوس[3] حيث يقول « وأما المتزوجون فأوصيهم لا أنا بل الرب أن لا تفارق المرأة رجلها . وإن فارقته فلتلبث غير متزوجة أو لتصالح رجلها . ولا يترك الرجل امرأته » . وقوله فى رسالته إلى أهل رومية[4] « إن الناموس يسود على الإنسان ما دام حياً . فان المرأة التى تحت رجل هى مرتبطة بالناموس بالرجل الحى . ولكن إن مات الرجل فقد تحررت من ناموس الرجل . فاذاً ما دام حياً تدعى زانية إن صارت لرجل آخر . ولكن إن مات الرجل فهى حرة من الناموس حتى إنها ليست زانية إن صارت لرجل آخر » .

هذا عن المذهب الأول الذى أخذ به الكاثوليك وخلاصته أن الزواج لا ينحل بأى سبب من الأسباب حال حياة الزوجين ، ولو فى حالة الزنا . وأن الطلاق لا يعنى انحلال الزواج ، بل ينصرف إلى معنى آخر هو التباعد بين

---

(١) فقد جاء فى انجيل مرقس (اصحاح ١٠ عدد ١١ - ١٢) « ... من طلق امرأته وتزوج بأخرى يزنى عليها . وان طلقت امرأة زوجها وتزوجت بآخر تزنى » . وجاء فى انجيل لوقا (اصحاح ١٦ عدد ١٨) « كل من يطلق امرأته ويتزوج بأخرى يزنى . وكل من يتزوج بمطلقة من رجل يزنى » .

(٢) أنظر تفصيلا لهذا الموضوع فى De Smet ، السابق ص ٢٩٣ - ٢٩٥ .

(٣) اصحاح ٧ عدد ١٠ و ١١ .

(٤) اصحاح ٧ عدد ١ الى ٣ .

الزوجين فى المعيشة مع بقاء الرابطة نفسها ، وهو ما عرف فى المعنى الاصطلاحى بالانفصال الجسمانى [١] .

أما عن **الاتجاه الثانى** فقد ساد فى الكنائس الأرثوذكسية بصفة عامة على خلاف بينها من حيث التوسع أو التضييق فى أسباب انحلال الزواج ، كما أخذت بهذا الاتجاه كذلك الكنائس البروتستانتية [٢] . وقد ساد هذا الاتجاه الثانى فى الكنائس الشرقية ، وكانت الكنيسة البيزنطية من أكثر الكنائس الشرقية توسعاً فى أسباب الطلاق ، فأباحته لأسباب كثيرة. وسارت الكنائس الأخرى على هذا التوسع بصور متفاوتة [٣] .

وقد استندت الكنائس الشرقية إلى ما جاء فى إنجيل متى فى شأن الطلاق

---

(١) ويضيف الفقه الى ذلك أسبابا أخرى لتأييد فكرة تأييد الرابطة الزوجية : أنظر De Smet السابق ص ٢٩٥ وما بعدها . وانظر كذلك مقال الأب عادل ايليا سالف الذكر والأسانيد التى ساقها فى هذا الصدد ، الرسالة المخلصية ، العدد السابق ص ٤٩٨ وما بعدها . واهاب اسماعيل : رسالته السابقة ص ٨٦ — ٨٨ .

(٢) كان لانشقاق البروتستانتية فى بداية قيامها عن الكاثوليكية أثره من حيث تأثرها بالكثير من أحكام الكاثوليك . ولقد تفرع البروتستانت الى فرق ومذاهب قام بينها الخلاف نظرا لقيامها على حرية البحث وفهم ما جاء بالانجيل . وقد كان لهذا أثره فى اختلاف نظر أنصار المذهب البروتستانتى إلى الطلاق . فمنهم من لا يبيحه بصورة مطلقة . ومنهم من يبيحه فى حالة الزنا استنادا إلى ما جاء فى انجيل متى ، فى الآيات السابق الاشارة اليها . ومنهم من يبيحه كذلك فى حالة خروج أحد الزوجين عن الديانة المسيحية باعتبار ذلك زنا روحيا . وقد أخذ البروتستانت عندنا بهذا الاتجاه الأخير وأباحوا الطلاق بسبب الزنا والخروج عن الديانة. كما كان للمذهب الكاثوليكى أثره كذلك فى الاخذ بنظام الانفصال الجسمانى الى جانب الطلاق . (أنظر جميل الشرقاوى : انحلال الزواج فى حياة الزوجين وأسبابه فى التشريعات الأوروبية مجلة القانون والاقتصاد العددان الثالث والرابع من السنة ٢٨ فقرة ٧ من ٢٣٨ — ٢٤١ . حلمى بطرس : مذكراته السابقة ص ١٢٩ — ١٣٢ وكذلك : De Smet ، السابق ص ٢٩٩ .

(٣) أنظر فى هذا : دوفيليه ودوكليرك : الزواج فى القانون الكنسى الشرقى ، السابق ص ٨٠ وما بعدها .

ورأوا أن المقصود به هو انحلال الزواج بصورة نهائية ، لا انفصال الزوجين فى المعيشة فقط مع بقاء الرابطة ، كما يذهب إلى ذلك أنصار المذهب الكاثوليكى . فمبدأ عدم القابلية للانحلال ليس مبدأ عاما وإنما يرد عليه استثناء فى حالة الزنا طبقا لما جاء فى إنجيل متى . وهذا هو التفسير الذى أخذ به رجال الكنيسة ، وهو الذى ساد فى الكنائس الشرقية بصفة عامة . ولم يقتصر الأمر على ذلك ، بل إنهم رأوا أن إباحة الطلاق بسبب الزنا ليس إلا مثلا يقاس عليه فى كل الحالات الأخرى التى تشبهه ، والتى ينبغى اعتبارها كذلك ، نظراً لخطورتها . ولذلك تعددت أسباب الانحلال بغير الزنا وأخذت تزداد كلما مر الزمن (١) .

وإذا كان انحلال الزواج بسبب الزنا ، بل وفى الحالات الأخرى الخطيرة قد وجد من دافع عنه من آباء الكنيسة ، منذ وقت مبكر ، فانه قد وجد من دافع عن هذه الفكرة فى الكنائس الشرقية بصفة عامة ، كما قررتها كذلك المجامع الكنسية .

ولعل من المفيد أن نشير إلى ما ذكره البعض فى هذا الصدد ، إذ يرون أن « إباحة الطلاق لسبب أو لآخر ، يجب أن ينظر فيها إلى صالح المجتمع ، فى ظروفه ووضعه الحالى . وأن المسيح وإن حرم الطلاق من حيث المبدأ ، واعتبره أمراً مخالفاً لسنة الله فى الزواج الذى قصد أن يكون الزواج علاقة دائمة ومقدسة ، إلا أنه أباحه حيث ينتفى عن الزواج وصف القداسة ، فيصبح أحد الزوجين عبداً

---

(١) أنظر المرجع المشار اليه فى الهامش السابق ص ٨٥ ـ ٨٦ . وانظر كذلك : اهاب اسماعيل : الرسالة السابقة ص ٨٩ .

فقد أخذت الكنائس الشرقية بتفسير ساد فى الشرق للنصوص الواردة فى انجيل متى فى شأن إباحة الطلاق بسبب الزنا . وقد أخذ البيزنطيون برأى St. Basile فى هذا الصدد . ثم قبلت الكنائس الشرقية أسبابا أخرى للطلاق غير الزنا .

لشهواته وفساد طبعه وقسوته . لأن بقاء الزوجية فى هذه الحالة قمين بأن يصبح من عوامل هدم المجتمع بدلا من أن يكون من عوامل البناء فيه . ولا يقال إن المسيح حدد الصورة الوحيدة التى ينتفى فيها عن الزواج وصف القداسة — وهى الخيانة الزوجية — فلا يجوز الخروج على أقواله ، وإلا لوقعنا فى الخطأ الذى يقع فيه كثيرون من اللاهوتيين وهو تفسير أقوال المسيح بذات الطرق التى يفسر بها التشريع . وقد سبق أن رأينا أن المسيح لم يكن فيما يتناوله من مبادىء الدين والدنيا مشرعا يضع قواعد ملزمة للمجتمع ، إنما كان نبيًا يرسم للمجتمع صورة الكمال الإلهى ، ويطلب من البشر أن يحاولوا بلوغ هذا الكمال ما استطاعوا إلى ذلك سبيلا . فاذا قصرت قدرتهم البشرية المحدودة عن بلوغه ، فلا جناح عليهم إذا هم نظموا علاقاتهم بما يتفق وصوالح المجتمع الذين يعيشون فيه ...[1] » .

هذا عن الاتجاه الثانى ، ومنه يتبين أن أنصاره لا يرون إمكان الطلاق فى حالة الزنا وحدها ، بل وأيضًا فى حالات أخرى .

أساس انقسام الكنائس حول هذا الموضوع : على أنه إذا كان كل فريق — سواء من أنصار المذهب الأول أو المذهب الثانى — قد حاول الدفاع عن مذهبه ، فانه لم يكتب لأى من الاتجاهين الفوز والغلبة على الآخر . بل بقى أنصار كل منهما يحاولون تبرير وجهة نظرهم ، فظل الانقسام قائمًا . والواقع أن سر انقسام الكنيسة الغربية والكنيسة الشرقية حول هذا الموضع إنما

---

(١) حلمى بطرس : السابق ١٢٨ بالهامش وانظر كذلك ما جاء بالهامش نفسه ص ١٢٩ . وانظر فى هذا المعنى كذلك : اهاب اسماعيل ، رسالته ، ص ٨٩ والمرجع المشار اليه فى الهامش رقم ٥ .

يرجع ابتداء وبقاء إلى أسباب وظروف سياسية واجتماعية أكثر منه إلى أسباب دينية .

فقد كانت الكنائس الشرقية بصفة عامة خاضعة لنفوذ الحكام الرومان في الدولة الرومانية الشرقية ، الذين جعلوا من أنفسهم حماة للكنيسة ، وإن كانوا قد نظروا إليها على أنها جهة من جهات الدولة ، وبذلك خضعت للسلطة الزمنية ، ولم تستطع الوقوف فى وجه القوانين المدنية . وقد كانت الكنيسة تحاول التوفيق بين مبادئها وبين القوانين الوضعية عندما يثور التعارض بينهما . وفى كثير من الأحيان كانت تجعل من القوانين الوضعية مبادىء كنسية إذا اقتضى الأمر ، كما حدث بالنسبة للطلاق . فقد كانت أسبابه متعددة فى القانون الرومانى ، ولم يستطع الأباطرة التقليل من أسباب الطلاق نظراً لتأصلها فى النفوس . وانتهى الأمر إلى أن قبلت الكنيسة القانون الوضعى ، فى هذا الصدد ، ولم تقصر الطلاق على حالة الزنا وحدها ؛ بل أدخلت أسباباً أخرى ، يظهر فيها أثر القانون الرومانى ، إذ رأت الكنيسة أن ما جاء فى انجيل متى من حيث إباحة الطلاق بسبب الزنا لا يعد السبب الوحيد للطلاق ، وأنه تطبيق على سبيل المثال للأسباب التى يقرها القانون المدنى . وانتهى الأمر إلى إقرار الكنيسة البيزنطية لأسباب متعددة للطلاق ، إن لم يكن من الناحية الرسمية ، فعلى الأقل من الناحية العملية[1] .

وقد أخذت الكنائس الشرقية بأسباب الطلاق على خلاف بينها من حيث

---

(١) أنظر فى تعدد أسباب الطلاق وتطورها مع ازديادها على مر الوقت : دوفيليه ودوكلير : الزواج فى القانون الكنسى الشرقى ، المرجع السابق ص ٨٥ - ٩١ .

التوسع أو التضييق، كما قدمنا ، وسارت الكنيسة المصرية على هذا الطريق كذلك من ناحية الأخذ بأسباب متعددة للطلاق[1] .

وإذا كانت الكنائس الشرقية قد تأثرت بالقوانين الوضعية فى تعدد أسباب الطلاق وأقرتها على هذا النحو ، فانه ينبغى أن يراعى أن الطلاق الذى أباحته تلك الكنائس إنما هو الطلاق الذى يتم عن طريق الكنيسة ، وليس الطلاق الذى يتم بارادة أحد الزوجين .

أما فى الغرب ، فقد اختلف الوضع عن ذلك . لأنه إذا كانت الكنيسة الشرقية قد خضعت لسلطة الأباطرة ، بحيث كان الامبراطور رئيساً للدولة وللكنيسة معاً ، فان الكنيسة الغربية قد ظلت مستقلة لا تخضع للسلطة الزمنية ولهذا استطاعت دائماً تغليب وجهات نظرها ، وتمكين مبادئها دون أن تصطدم بالسلطة الزمنية . وما لبثت الكنيسة الغربية أن استأثرت فى وقت ما بالسلطة التشريعية والقضائية ، وخاصة فى مسائل الزواج . وساعدها على ذلك ضعف السلطة الزمنية نظراً للظروف السياسية التى مرت بها الامبراطورية

---

(١) أنظر فى ذلك لدى الكنائس المختلفة : المرجع المشار إليه فى الهامش السابق : من ص ٩٢ وما بعدها حتى ص ١٢٢ . وقد أشير إلى موقف الكنيسة القبطية نقلا عما أورده ابن العسال فى ص ١٠٧ — ١١٠ .

والأسباب التى أخذ بها الشرقيون بصفة عامة مأخوذة عن مجموعة جستنيان وهى تنقسم إلى طائفتين : طائفة أولى من الأسباب تؤدى إلى الطلاق cum damno ، أى بجزاء جنائى لاحق يوقع على الزوج المخطىء ويدخل تحت هذه الطائفة : جريمة الخيانة ضد الوطن ، والاعتداء على حياة الزوج الآخر ، والزنا ، وعدم الاخلاص الجزئى المؤدى إلى الشك والشبهة ، والاجهاض المقصود . . . . والطائفة الثانية تؤدى إلى الطلاق bona gratia أى الطلاق الذى لا يلحق بجزاء ، ويدخل تحت هذه الطائفة : العجز الجنسى ، وحبس الزوج ، وهروبه سرا ، والجنون ونذر العفة ، والجذام . . . (De Smet ، السابق ص ٢٩٨ - ٢٩٩) .

الغربية . وإزاء هذا النفوذ المتزايد للكنيسة تمكنت من تغليب وجهة نظرها فى جعل الرابطة الزوجية رابطة مؤبدة ، وجعلت من هذا مبدأ عاما تدين به الكنائس التابعة لها .

وإذا كان الانقسام على هذا النحو قد تم بين الكنيسة الغربية والكنيسة الشرقية ، فان الأمر انتهى ، كما بينا ، إلى أن امتد هذا الخلاف فأصبح يشمل أنصار المذهب الكاثوليكى من جهة وأنصار المذهب الأرثوذكسى والبروتستانتى من جهة أخرى . فأصبحت الكنائس الكاثوليكية[1] ترى أن الزواج رابطة مؤبدة وليس هناك من سبيل إلى انحلاله إلا على الصورة التى أقروها من حيث إمكان الانفصال الجسمانى فقط بين الزوجين ، وهو نظام يترتب عليه عدم إنهاء الرابطة وإن كان يوقف آثارها فقط ، وأصبحت الكنائس الأرثوذكسية ، بصفة عامة ، والبروتستانتية ترى إمكان انحلال الرابطة الزوجية حال حياة الزوجين بالتطليق فى حالات معينة .

ولهذا نرى أن نعرض لموقف الكنائس المختلفة من هاتين الناحيتين ، فنعرض أولا لانحلال الرابطة الزوجية بالتطليق لدى الكنائس الأرثوذكسية والبروتستانتية ، ثم نتكلم بعد ذلك عن الانفصال الجسمانى لدى المذهب الكاثوليكى والمذاهب الأخرى التى تأخذ به إلى جانب الطلاق .

---

(١) فى الغرب والشرق . وقد نصت الارادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية الشرقية بصفة عامة على هذا ، فجاء فى المادة ٩٩ أنه « ينشأ عن الزواج الصحيح فيما بين الزوجين وثاق هو بحكم طبيعته دائم ... » . وجاء فى المادة ١٠٧ منها أن الزواج الصحيح المقرر المكتمل ratum et consommé ، لا يمكن حله بأية سلطة بشرية ولا بأى سبب كان ، خلا الموت» .

المطلب الأول

انحلال الزواج بالتطليق

١٥١ — الطلاق والتطليق(١) **ــ تقسيم البحث :** يعبر بالطلاق عن حق إنهاء الرابطة الزوجية بالارادة المنفردة دون تدخل من المحكمة . وهذا هو المعنى الذى يعطى فى الشريعة الإسلامية للفظ الطلاق . ولكن الشريعة المسيحية لا تعرف الطلاق على هذا المعنى ، فلا يصح لأحد الزوجين أن ينهى العلاقة الزوجية بارادته المنفردة . ومن جهة أخرى ، فان هذه الشريعة لا تجيز للطرفين الاتفاق على إنهاء الرابطة الزوجية ، أى لا تجيز إنهاء الرابطة بالتراضى بين الطرفين ، وهذا أمر لا خلاف فيه لدى الطوائف المسيحية . وإنما يتعين دائما تدخل السلطة القضائية ، حتى ولو وجد سبب من أسباب التطليق التى تقرها الشرائع الطائفية المختلفة(٢) . فلا يكفى أن يرى الطرفان أن سبب الطلاق قد توافر ؛ ويتفقان تبعاً لذلك على إنهاء الرابطة الزوجية بينهما ، وإنما يتعين حتى فى هذه الحالة الالتجاء إلى القضاء ، لكى يقرر ما إذا كان السبب متوافراً أم غير متوافر . إذ لو أبيح للطرفين الاتفاق على التطليق ، لسهل عليهما الأمر فى الادعاء بأى سبب صورى لكى يتوصلا بذلك إلى إنهاء الزواج ، وقد لا يكون هناك سبب فى حقيقة الواقع . وقد جاءت هذه القاعدة منذ وقت مبكر فى تاريخ القانون الكنسى . فحينما أباح رجال الكنيسة انحلال الزواج استلزموا أن يتم

---

(١) أنظر فى عدم التفرقة بين الطلاق والتطليق فى ظل الشريعة الاسلامية ، محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٥/٢/١٩٥٩ المجموعة الرسمية س ٥٨ عدد ٣ و ٤ رقم ٥٩).

(٢) وإذا قلنا إنه لايصح للزوجين الاتفاق على إنهاء الرابطة الزوجية دون تدخل القضاء حتى ولو فى حالة من الحالات التى يجوز فيها التطليق ، فاننا لا نفصل بهذا فى مسألة أخرى يثيرها =

ذلك على يد السلطة الكنسية المختصة ، وبحكم يصدر منها[1] . فقد اعتبروا أن الزواج رابطة مقدسة ، وسر من الأسرار الكنسية ، وأن الارادة الالهية تتدخل فى انعقاده ، إذ يتم على يد رجل الدين . ولهذا فانه لا يصح أن يترك حل هذه الرابطة لارادة البشر ، ولابد من إتمامها أمام الكنيسة . وهذا هو ما يعبر عنه بالتطليق .

وقد أقرت المجامع الكنسية هذه الوجهة . ففى مجمع القبة (Goncile in Trullo ، سنة ٦٩١) ، تقرر أن الرجل لا يستطيع أن يترك زوجته ، وإنما

= البعض عند الكلام على أسباب التطليق (أنظر : إهاب : اسماعيل، رسالته ص ٢٢٧ ومابعدها) إذ هم يفرقون بين هذه الحالة وبين مسألة الاتفاق كسبب من أسباب التطليق دون استناد إلى سبب آخر للتطليق . وهذه مسألة لا نعتقد أن الشرائع المسيحية ، تقرها فى ذاتها حتى ولو اتفق الطرفان على التطليق وترافعا إلى القضاء لاستصدار حكم بذلك ، لأن هـذا يتنافى مع حصر أسباب التطليق الذى تأخذ به الشرائع الطائفية . وإذا تقصينا ما ساقه من يرون الاتفاق سبباً من أسباب التطليق لرأينا أنهم يجعلونه كذلك متى كان هناك سبب آخر كامن وراءه ، كالنفور بين الزوجين عند عدم وجود أمل فى التوفيق فى إعادة الحياة الزوجية ، أو أن الفرقة قد طالت بين الطرفين وأصبحت الحياة مستحيلة ، والتجأ كل منها إلى شتى وسائل الايذاء ... وهذا ما يجعلنا ننتقل إلى الفكرة التى نقول بها وهى أنه لا يصح التطليق بالاتفاق دون الالتجاء إلى القضاء حتى ولو وجد سبب من أسباب التطليق .

والواقع أنه لا يصح للمحاكم أن تأخذ من اتفاق الطرفين على التطليق قرينة على قيام أى سبب من أسبابه ، ما لم يثبت لديها فعلا قيام مثل هذا السبب ، وبذلك يكون التطليق على أساس هذا السبب نفسه لا على أساس الاتفاق ، وإلا لأدى بنا هذا إلى التوسع فى حالات التطليق والحكم به كلما اتفق الطرفان عليه ، وقد يكون ذلك لمجرد نزوة من النزوات . ولقد كان الطلاق بالاتفاق المتبادل consentement mutuel بين الزوجين مباحاً فى القانون المدنى الفرنسى ولكنه كان مقيداً بقيود من شأنها العمل على الاقلال منه بقدر المستطاع ، وانتهى الأمر إلى إلغائه بقانون فى ٢٧ يوليو ١٨٨٤ - (أنظر فى هذا : بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق فقرة ١٠٧٩ ص ٣٩٤ - ٣٩٥) .

وتنص القواعد الخاصة ببعض الطوائف على هذا صراحة . من ذلك ما تقضى به المادة ٣٧ من مجموعة الأرمن الأرثوذكس إذ تقرر أنه : « يحرم على الزوجين أن يتفقا معا على الطلاق وكل سبب يتخذه الزوجان للتحايل على هذه القاعدة يكون مرفوضاً » .

(١) أنظر مع ذلك : إهاب اسماعيل : رسالته ، هامش ١ ص ٩٤ .

يتعين لفصم عرى الزوجية أن يصدر بذلك حكم قضائى[1] . وفى مجمع القسطنطينية (٩٢٠) صار هذا الأمر مؤكداً ، وأصبح لا بد من إتمام الطلاق ـ فى الحالات التى يباح فيها ـ على يد الكنيسة[2] .

وإذا كانت الكنيسة قد استلزمت أن يتم التطليق أمامها على هذا النحو ، ولم تعترف بانحلال الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة أو بالاتفاق ، فان هذه القاعدة قد نص عليها فى المجموعات الخاصة بالطوائف ، وظل معمولا بها .

وقد رسمت مجموعة الأقباط الأرثوذكس السبيل الخاص بإجراءات الطلاق . وبينت كيفية الحصول على حكم به . كما استلزمت الطوائف الأخرى التى تبيح الطلاق ضرورة الحصول على حكم به ، مما يفهم منه أنه لا يصح بالارادة المنفردة ، كما لا يصح بالاتفاق المتبادل دون التجاء إلى القضاء[3] .

---

(١) دوفيلييه ، ودوكليرك ، الزواج فى القانون الكنسى الشرقى ، السابق ص ٩٠ .

(٢) أنظر اهاب اسماعيل : رسالته ، ص ٩٩ وهامش ٥ .

وهذا ما تم كذلك بالنسبة للانفصال الجسمانى لدى المذهب الكاثوليكى ، اذ كان من اللازم أن يصدر به حكم من الجهة القضائية المختصة ، وهى الكنيسة ، وقد أقرت المجامع هذه القاعدة منذ زمن بعيد ، تأسيساً على أنه كان من اللازم التحقق من قيام سبب من أسباب الانفصال التى تقرها الكنيسة . ومنذ ذلك الحين روعيت هذه القاعدة وامتدت إلى التطليق بالمعنى الحقيق فى البلاد التى أباحت الطلاق كفرنسا ، إلا أن الاختصاص قد صار للمحاكم المادية لا الكنيسة (أنظر بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق ، فقرة ١٢١٤ ص ٤٤١) .

(٣) أنظر المواد ٥٤ وما بعدها و ٥٩ وما بعدها من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس ، وانظر المسألة ٢٥ من الخلاصة القانونية حيث تقرر : « اعلم أن الطلاق ممنوع فى الشريعة المسيحية ، فليس للانسان أن يطلق امرأته بمجرد اختياره ، أو يفارقها بحسب إيثاره . وإنما الزيجة ما عدا انحلالها بالموت ، على ما سيذكر فى محله ، تفسخ أيضاً بأسباب وضعية شرعية ستذكر هنا ، بحيث لا يعتبر الفسخ شرعياً حكمياً ، ما لم ينظر السبب الموجب لدى الحاكم الشرعى الروحى المتصرف فى ذلك ، ويوقع الحكم بالفسخ رسمياً بناء على ما يثبت من التحقيق . . » . ومن هذا النص يتبين لنا أن من اللازم عرض النزاع على الحاكم الشرعى الذى يثبت له الاختصاص . وإذا ما تحقق من قيام السبب الموجب للطلاق قضى به . =

وقد استقرت أحكام المحاكم عندنا على هذا المعنى ، فقررت أنه لا يباح للزوج المسيحى حل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة ، كما لا يباح حلها كذلك عن طريق تراضى الطرفين . إذ أن الزواج من الأسرار الكنسية ولا يحل إلا بحكم من القاضى لأسباب واردة على سبيل الحصر ، وليس من بين هذه الأسباب حل الرابطة بالاتفاق ؛ فالزواج نظام قانونى ، والقواعد التى يتكون منها هذا النظام قواعد آمرة لا يمكن الاتفاق على مخالفتها(١) .

نخلص مما سبق أن الرابطة الزوجية فى الشريعة المسيحية لا تنحل إلا عن

= وانظر كذلك ما تنص عليه المادة ٦ من القواعد الخاصة **بالروم** الأرثوذكس من أنه « لا يحكم بالطلاق إلا للأسباب الواردة فى هذه اللائحة » ويصدر بحكم قضائى لارجوع فيه. وكذلك المادة ٣٧ **أرمن** حيث تنص على أنه « يحرم على الزوجين أن يتفقا معاً على الطلاق . وكل سبب يتخذه الزوجان للتحايل على هذه القاعدة يكون مرفوضاً » . وكذلك المواد ٥٣ وما بعدها بالنسبة لاجراءات الحصول على حكم بالتطليق . وجاء فى المادة ٥٦ من مجموعة **السريان** أنه لا يجوز فسخ الزواج كيفما اتفق « إن لم يكن لأسباب شرعية أو طبيعية تثبت لدى الحاكم الشرعى » .

وتنص المادة ١٨ من القواعد الخاصة **بالأنجيليين** على أنه : « لا يجوز الطلاق إلا بحكم من المجلس العمومى فى الحالتين الآتيتين . . » .

(١) أنظر الأحكام الصادرة من محكمه استئناف القاهرة فى هذا الصدد ، وأوردها رفعت خفاجى ، ورابح لطفى ، المرجع السابق ص ١٢٣ وما بعدها رقم ٦ و ٧ و ٨ . وكذلك ص ١٢٨ وما بعدها من رقم ١ — ١٢ . وكلها أحكام حديثة . وانظر كذلك استئناف القاهرة فى ١٩٥٨/٥/٢١ المجموعة الرسمية س ٥٨ عدد ٣ و ٤ رقم ٤٥ .

كما قضى فى هذا الصدد أيضاً أن الطلاق الذى يوقعه الزوج على زوجته بمقتضى إشهاد شرعى يقع باطلا لصدوره ممن لا يملك إيقاعه . ومن ثم يكون مثل هذا الاشهاد عديم الأثر ولا يترتب عليه انحلال الزوجية . (أنظر محكمة القاهرة الابتدائية فى ٢٣ — ٢ — ١٩٥٨ رقم ١٧٧٨ س ١٩٥٦) خفاجى ورابح ، السابق ص ١٢٩ رقم ٦ . محكمة المحلة الجزئية للأحوال الشخصية فى ٢٠ — ١١ — ١٩٥٦ رقم ١٤ لسنة ١٩٥٦ .

طريق حكم تصدره المحكمة فى دعوى يرفعها أحد الطرفين ، وذلك بسبب من الأسباب التى تبيح حل هذه الرابطة ، وهى أسباب محصورة لدى الطوائف المختلفة التى تبيح ذلك ، كما قدمنا . وهذا هو ما يعبر عنه اصطلاحا بالتطليق divorce ؛ فالتطليق هو حل الرابطة الزوجية عن طريق المحكمة وذلك بسبب من الأسباب التى تعترف بها الشرائع الطائفية[١] .

هذا ، ولما كانت الحالات التى يقضى فيها بالتطليق حالات محدودة لدى الطوائف المختلفة فى المذهبين الأرثوذكسى والانجيلى ، فإننا نعرض لها بالبيان. وإذا ما انتهينا من الكلام عن أسباب انحلال الزوجية أو أسباب التطليق ، كان علينا أن نتكلم بعد ذلك عن الآثار المترتبة عليه .

---

(١) ويكون التطليق فى الزواج الصحيح ، وهو بذلك يختلف عن البطلان — (أنظر ما سبق أن بيناه فى هذا الصدد ، فقرة ١٣١ ص ٦٤١ من هذا المؤلف) .

ولهذا فانه يجب أن يراعى أن اصطلاح « الطلاق » فى الشريعة المسيحية إنما يستعمل استعمالا غير دقيق « فالطلاق » ينصرف إلى إنهاء الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة . أما التطليق فانه ينصرف إلى إنهائها عن طريق القضاء ، وهذا هو الوضع فى الشريعة المسيحية .

الفرع الأول

الحالات التى تنحل فيها الرابطة الزوجية

(أسـباب التطليق)

تمهيـــد

١٥٢ – الخلاف حول هذه الأسباب ، ورودها على سبيل الحصر . لا يباح انحلال الرابطة الزوجية حال حياة الزوجين إلا لدى المذهبين الأرثوذكسى والبروتستانتى . ومع ذلك فقد رأينا فيما سبق أن الخلاف قد ثار حول الحالات التى يباح فيها انحلال الرابطة الزوجية ، وأن الاتجاه الغالب لا يقصره على حالة الزنا وحدها ، بل يباح انحلال الزواج فى حالات أخرى ، استناداً إلى المصادر المختلفة للقانون الكنسى [1] .

وإذا كان المذهب البروتستانتى يجعل من الزنا ومن الخروج عن الديانة المسيحية سببين لانحلال الرابطة الزوجية عن طريق التطليق ، فإن الطوائف الأرثوذكسية المختلفة لم تتفق فيما بينها حول الأسباب التى تنحل فيها الرابطة الزوجية فى غير حالة الزنا ، إذ منها ما يتوسع فى بيان تلك الأسباب ومنها ما يضيق . ولكن مما لا جدال فيه أن جميع الطوائف لا تبيح انحلال الزواج بالتطليق إلا فى حالات محددة محصورة ، لأن هذا هو ما يتفق وخصائص الزواج المسيحى من حيث اعتباره رابطة أبدية . فالأصل أنه لا ينحل إلا بالموت ، وإذا أبيح الخروج على هذا الأصل ، فلا يكون ذلك إلا فى حالات خطيرة

---

(١) أنظر ماسبق عند كلامنا على ما يعتبر شريعة لدى غير المسلمين ص ١٢٤ ومابعدها .

تبدو فيها الضرورة ماسة للخروج على هذا الأصل ، ولذلك تقدر الضرورة بقدرها . وهذا يستتبع عدم إمكان إنهائه إلا فى الحالا التى يرى فيها الخروج على الأصل العام ، كما يستتبع كذلك عدم إعطاء الزوجين الحق فى هذا الإنهاء بالإرادة المنفردة أو بالاتفاق ، كما قدمنا[1] . ومن ناحية أخرى يترتب على اعتبار الحالات التى تنحل فيها الرابطة الزوجية خروجا على الأصل العام ، أنه لا يمكن الخروج على ما تقرره الشرائع الطائفية فى هذا الصدد ، كما أنه فى الحالات التى يباح فيها انحلال الرابطة لا يصح التوسع فى تفسيرها أو القياس عليها ، باعتبارها واردة على خلاف هذا الأصل[2] .

١٥٣ — استبعاد التطليق فى غير الحالات المحددة - استبعاده للاعسار، وكبر السن، والعقم ولهذا رفضت المحاكم طلب التطليق خارج الحالات التى أوردتها القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية . من ذلك مثلا ما جاء بالنسبة للأقباط الأرثوذكس من رفض التطليق **للاعسار** ، إذ الإعسار لم يرد بين أسباب التطليق فى شريعة هذه الطائفة ، فضلا عن أنه أمر طارىء قد يزول فى أى وقت

(١) وهنا تبدو فكرة الزواج كنظام قانونى واضحة (أنظر بلانيول وريبير وبولانجى فقرة ١٠٧٨ و ١٠٧٩ ص ٣٩٤ — ٣٩٥) .

(٢) أنظر فى هذا المعنى حكما لمحكمة الجيزة الكلية فى ٢٢ — ١٠ — ١٩٥٧ رقم ٦ لسنة ١٩٥٧ (غير منشور) . وقد جاء فى هذا الحكم : ان الحالات التى يباح فيها الطلاق ، وإن كان رجال الشريعة المسيحية قد توسعوا فى أسبابها تمشيا مع ظروف العصر ومقتضيات الأحوال ، إلا أنهم رغم ذلك قد ضيقوا فى هذه الأسباب ، بحيث ذكروها على سبيل الحصر لتساير روح الشريعة التى تدعو إلى توطيد الحياة الزوجية واستقرارها وبقائها سليمة نقية . وانظر كذلك للمحكمة نفسها حكما فى ١١ — ١٢ — ١٩٥٦ رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٥٦ ، وفى ٢٢ — ١ — ١٩٥٧ رقم ٤ لسنة ١٩٥٧ (غير منشور) . وانظر كذلك استئناف القاهرة فى ٦/٥/١٩٥٦ رقم ١٢٩ س ٧٣ ق . صالح حنفى ٢ رقم ١٠٩٥ ص ٤٥٢ .

بزوال سببه ، كما أن من المفروض أن تشارك الزوجة زوجها فى السراء والضراء [١] .

كما رفض القضاء كذلك اعتبار **كبر السن** سبباً من أسباب التطليق ، ذلك أنه إذا كانت القواعد الدينية قد وضعت حداً أدنى للسن لا يصح الزواج قبل بلوغه ، إلا أنها لم تنص على حد أعلى لسن الزواج ، فيجوز للمرأة وللرجل أن يتزوجا مهما تقدم بهما السن . هذا فضلا عن أن التفاوت فى السن لم يرد ضمن أسباب التطليق [٢] .

وتحديد أسباب التطليق لدى الطوائف التى تبيحه هو الذى أدى كذلك إلى رفض أغلبية أحكام المحاكم التطليق بسبب **العقم** ، لأنه لم يرد كسبب من أسباب التطليق فى شرائع تلك الطوائف [٣] . ولهذا الاتجاه فى الشرائع الطائفية

---

(١) أنظر حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية فى ١٧ — ٤ — ١٩٥٦ رقم ٢٤ لسنة ١٩٥٦ وكذلك فى ٧ — ٥ — ١٩٥٧ رقم ٨٣ لسنة ١٩٥٦ (غير منشورين) . والقاهرة الابتدائية فى ٢١ — ٤ — ١٩٥٦ رقم ١١٠٣ لسنة ١٩٥٦ أشار إليه إهاب اسماعيل فى مؤلفه السابق ص ٢٠٨ ورسالته فقرة ٦٢ ص ٢٤٥ .

(٢) أنظر استئناف القاهرة فى ١٥ — ٥ — ١٩٥٧ قضية رقم ٢٦ س٧٤ق . وانظر أحكاما أخرى من المحكمة نفسها وردت فى مجموعة خفاجى ورابح ص ١٣٣ — ١٣٤. وانظر كذلك الأحكام التى أشار اليها إهاب اسماعيل فى مؤلفه السابق ص ٢٠٩ ورسالته ص ٢٤٤ . واستئناف القاهرة فى ٦ — ٥ — ١٩٥٦ رقم ١٢٩ س ٧٣ ق صالح حنفى ٢ رقم ٥٩١ ص ٤٥٢ .

(٣) أنظر الأحكام التى أشرنا إليها من قبل ص٦٠٠ هامش٣ وكذلك محكمة استئناف القاهرة فى ١٦ — ٥ — ١٩٥٦ رقم ١٢٠ س ٧٣ق ، وفى ٦ — ٦ — ١٩٥٦ رقم١٢٩ س٧٣ق مشار اليهما فى مجموعة خفاجى ورابح ص١٣٣ . وكذلك المحكمة نفسها فى ٢٨ - ٥ - ١٩٥٩ أورده إهاب اسماعيل فى رسالته ص ٢٢٥ هامش ٢ . وكذلك حكمها فى ١٢ - ١٢ - ١٩٥٦ رقم ١٣٠ س ٧٣ ق فى صالح حنفى جزء ٢ رقم ٥٩٧ ص ٤٥٥ .

=

سنده فى الكتاب المقدس ، إذ يبين من الأمثلة الواردة به أنه لا توجد قاعدة للقول بأن أحد الزوجين أو كليهما عاقر . فقد أشار الكتاب المقدس إلى حالات استمرت فيها الحياة الزوجية دون أن ينجب الزوجان ذرية ، ثم رزقا بها بعد ذلك[1] .

ومع ذلك فقد وجدت بعض أحكام تبيح التطليق بسبب العقم على أساس

= وانظر كذلك أحكام المجالس الملية المشار إليها فى الرسالة السابقة ص ٢٢٠ هامش ٢ . ومحكمة بنها الابتدائية فى ٣١ - ١٠ - ١٩٥٦ رقم ٨٦ س ١٩٥٦ كلى .

وانظر أيضا حكم محكمة استئناف الاسكندرية فى القضية رقم ٨ بالجدول العمومى لسنة لسنة ١٩٥٩ فى ٢٢ أبريل من تلك السنة . وقد رفض الحكم الأخذ بالعقم كسبب من أسباب التطليق لدى طائفة الأقباط الأرثوذكس . وجاء فيه إن الطلاق محرم فى شريعة الأقباط الأرثوذكس إلا « فى حالات خاصة جاءت على سبيل الحصر ولم يكن العقم من بين تلك الحالات التى أجازوا فيها حل عقد الزواج . ومرد ذلك عندهم بأن الذرية هبة من عند الله لا يعلم متى يمنحها لعباده . وقد شايع هذا المبدأ غالبية المجالس الملية الفرعية للاقباط الأرثوذكس وقطع به المجلس الملى العام فيما عرض عليه من منازعات سابقة . وبذلك أصبح عرفا مستقراً وقاعدة معمولا بها . كذلك ذهبت غالبية المحاكم بعد إلغاء المجالس الملية إلى أن التطليق غير جائز على أساس العقم . ولم يخرج على هذا الرأى سوى القلة من الأحكام والشراح فقالوا بجواز حل عقده الزواج إذا ما ثبت العقم لدى أحد الزوجين بالبينة الطبية الشرعية المعتمدة . وهو رأى مرجوح مناف للقانون ، لاسند له فى الانجيل ولا فى فقه الشريعة عند الأقباط الأرثوذكس ، ولم تقل به مجامعهم الكنسية . ولم يجر به عرف عندهم . ومن حيث أنه لما تقدم وللأسباب التى ساقتها محكمة أول درجة (وهى أيضاً لم تقض بالتطليق للعقم) يكون الحكم المستأنف قد أصاب وجه الحق ويتعين الحكم بتأييده » (الحكم المستأنف صادر فى ١١ نوفمبر ١٩٥٨ فى القضية رقم ٧٧ لسنة ١٩٥٨ كلى دمنهور ، أحوال شخصية) .

(١) أنظر ما جاء بسفر التكوين : الاصحاح ٢١ الآية ٢ . وسفر صموئيل الأول : الاصحاح الأول . وإنجيل لوقا : الاصحاح الأول وخاصة الآيات ٣٦ و ٣٧ .

وقد أورد إهاب اسماعيل فى رسالته إشارة إلى بعض الكتابات القديمة فى أحد المخطوطات التى تؤيد هذه الوجهة وعدم إدخال العقم فى الاعتبار بصفحة ٢١٨ (هامش ١) من رسالته .

عدم تحقق غايات الزواج بانجاب الأولاد . وقد أيد البعض هذه الوجهة ، وبصفة خاصة إذا تعلق الأمر بحالة يتحقق فيها سبب العقم[١] .

ولا نعتقد أن هذا الاتجاه الثانى هو الاتجاه الذى يتفق مع مبادىء الشريعة المسيحية بالنسبة لانحلال الرابطة الزوجية . ذلك أن الأصل هو عدم قابلية الزواج للانحلال ، وللخروج على هذا الأصل يتعين النص الصريح على ذلك . فاذا لم ينص على العقم كسبب من أسباب التطليق ، كان معنى ذلك تطبيق الأصل العام وعدم إدخاله فى الاعتبار كسبب من أسباب التطليق[٢] .

ولا نعتقد كذلك ـ كما يرى البعض ـ[٣] أن العقم يدخل ضمن الأسباب التى تمنع تحقيق غايات الزواج بصفة عامه ، إذ لم يذكر العقم ضمن تلك الموانع . فقد نص عليها ولا يصح القياس فى شأنها . وقد ذكرت المجموعات الخاصة بالأقباط الأرثوذكس فى هذا الصدد نوعين من الموانع : نوع لا يمكن معه الاتصال الجنسى[٤] ، ونوع آخر تتحقق منه خطورة على الزوج الآخر ، وهو

(١) أنظر حكم مجلس ملى فرعى دمنهور فى ٢٩ - ١٢ - ١٩٥٠ ، ومحكمة الزقازيق الابتدائية فى ٨ - ١٢ - ١٩٥٦ رقم ٣٣٤ س ٥٦ وقد أشير إليهما فى مجموعة خفاجى ورابح السابقة ص ١٣٣ . وانظر إهاب اسماعيل السابق فقرة ١٦٨ ص ٢١٠ ورسالته فقرة ٥٦ ص ٢٢١ .

(٢) وإذا كانت الشرائع الطائفية لا تنص صراحة على العقم كسبب للتطليق فان من بينها ما ينص صراحة على أنه لا يجعل العقد باطلا أو أنه لا يبطل الزواج ولا يحرمه (المادة ٤١ أرمن أرثوذكس والمادة ٥٨ من الارادة الرسولية للكاثوليك ـ أنظر ما سبق فقرة ٤٠٨ ص ٤٠٥ وما بعدها ، وما أوردناه فى هذا الشأن .

(٣) إهاب اسماعيل ، رسالته السابقة فقرة ٥٥ .

(٤) وقد نصت عليه المسألة ١٧ من الخلاصة القانونية وبينت أنه هو « كل ما يمنع من الاجتماع المقصود بالزيجة ، وذلك إما أن يكون المانع طبيعياً كالعنين ، وهو من لا يتمكن بطبيعة شخصه من الاجتماع ، والخنثى وهو الذى له عضو الذكر والأنثى معاً ، وكمن لها عظم زائد مانع . وإما أن يكون عرضياً (وإن كان حادثا إلا أنه ثابت) وهو الاخصاء وما يجرى مجراه من موانع الاجتماع التناسلى إن كان من جهة الذكر أو الأنثى » .

الأمراض الخطيرة كالجذام والبرص والسل (١) .

هذان هما النوعان اللذان تدخلهما المجموعات فى الاعتبار ولا يدخل فيهما العقم . ولهذا فانه لا ينبغى أن يقاس عليهما باعتبار أنه لا تتحقق معه إحدى غايات الزواج وهى إنجاب الأولاد . والوقع أن الاتجاه الراجح فى الفقه الكنسى لا يدخله فى الاعتبار كسبب من الأسباب التى تنفصم بها الرابطة الزوجية كما قدمنا من قبل . إذ يكفى طبقاً لما جاء به هذا الفقه أن يكون الاجتماع التناسلى بين الطرفين ممكنا ، حتى ولو لم تتحقق الغايات المقصودة منه جميعها . وإذا ما تحقق الاتصال بين الطرفين على نحو طبيعى بحيث يمكن أن يؤدى الفعل إلى الإنجاب ، ولو لم يؤد فعلا إلى ذلك فان هذا يكفى . ذلك أن الفعل تتوافر فيه المشروعية فى ذاته إذا كان بحسب وضعه وطبيعته يؤدى إلى الغرض المقصود منه ولو لم يتحقق هذا الغرض (٢) .

١٥٤ ـ مدى أهمية حصر الأسباب من الناحية العملية : على أن تحديد أسباب التطليق غالباً ما لا يحقق الهدف المقصود منه من حيث حصر نطاق الحالات التى يباح فيها . فقد لاحظ الفقه بحق أن الشرائع إذا كانت تضيق من الأسباب التى يباح فيها الطلاق وتحصرها فى أضيق نطاق ، فان من بين تلك الأسباب ما يترك فيه المجال واسعاً لتقدير القضاء ، نظراً لمرونة المعايير التى تقوم عليها . من ذلك مثلا ما يعتبر « إساءة بالغة » يبرر الطلاق فى القانون الفرنسى

---

(١) أنظر المسألة ١٧ و ٢٥ من الخلاصة القانونية .

(٢) أنظر ما سبق أن بيناه فى هذا الصدد ، فقرة ١٠٨ . وانظر كذلك De Smet المرجع السابق ص ٤٢٥ وما بعدها. وكذلك : القانون الكنسى باشراف « R. Naz» المرجع السابق فقرة ٣٩١ وخاصة ص ٣٢٨ .

(injure grave)[1] ، « وتزعزع الحياة الزوجية أو تصدعها » فى القانون اليونانى[2] . إذ يترك لقاضى الموضوع سلطة واسعة فى تقدير ما من شأنه أن يزعزع الحياة الزوجية وكفاية ذلك لتبرير الطلاق . وهذا هو الشأن أيضاً بالنسبة لموقف القضاء الألمانى فى شأن « الاخلال بالتزامات الزواج » كسبب مبرر للطلاق ، إذ أن صياغة هذا السبب صياغة عامة تفتح السبيل أمام القضاء للتوسع فى الحكم بالطلاق[3] .

فى جميع الحالات السابقة يترك للقضاء الفرصة للتوسع فى التفسير والتوصل بذلك إلى جعل حصر أسباب الطلاق قليل الجدوى ، إذ يؤدى هذا التوسع من الناحية العملية إلى جعل الأسباب غير محصورة[4] . ولهذا ذهبت الدول إلى عدم حصر الأسباب وتركت للقضاء تقدير مدى كفاية ما يستند إليه للحكم فى كل حالة على حدتها .

---

(١) المادة ٢٣٢ مدنى فرنسى ، وبلانيول وريبير وبولانجى ، السابق فقره ١٠٨٢ ص ٣٩٦ .

وانظر فى هذا . جميل الشرقاوى . البحث سالف الذكر ص ٢٦١ وما بعدها وخاصة ص ٢٦٣ .

(٢) جميل الشرقاوى . البحث السابق ص ٣٤٧ وكذلك ص ٢٩٨—٣٠٠ . وانظر فى هذا السبب كذلك المادة ١٤ مكررة من القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس وقد أضيفت سنة ١٩٥٠ وهى تنص على أنه يجوز لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق إذا نشب بسبب الآخر تصدع جسيم على آصرة الزواج ، يجعل استمرار الحياة الزوجية أو العودة إليها غير محتملة ومستحيلة على طالب الطلاق . وهذا السبب هو ما نصت عليه المادة ١٤٤٢ من القانون المدنى اليونانى .

وانظر كذلك المادة ٥٧ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط بالنسبة لاستحكام النفور . والمادة ٥٢ أرمن أرثوذكس بالنسبة للتنافر الشديد بين طباع الزوجين .

(٣) جميل الشرقاوى . البحث السابق ، ص ٣١٢ .

(٤) وسيتضح لنا مدى إعمال هذه الفكرة عند كلامنا عن أسباب التطليق فيما يلى .

١٥٥ ــ اختلاف نظرة التشريعات الى الاسباب باعتبارها جزاء أو علاجا :
وتختلف التشريعات من حيث نظرها إلى أسباب التطليق ، فمنها ما يجعل التطليق كعقوبة ، جزاء (divorce - sanction) على خطأ جسيم faute grave ارتكبه أحد الزوجين ضد الآخر . وفى هذه الحالة يجب أن تكون الوقائع خطأ . فاذا لم تكن كذلك ، فانه لا يؤخذ بها كسبب للتطليق ، ويجب على الزوج الآخر أن يتحملها مهما كانت العواقب وخيمة . ومن أمثلة هذا النوع من الأسباب زنا أحد الزوجين أو اعتداؤه على حياة الآخر أو إيذاؤه .

ومنها ما يجعل من التطليق علاجا divorce - remède ، ويكون بذلك وسيلة للتخلص من رابطة لا يمكن أن تتحقق فى ظلها غايات الزواج ، حتى ولو لم يثبت خطأ فى جانب أحد الزوجين . ومن أمثلة ذلك الأمراض بصفة عامة .

وقد أخذ القانون الفرنسى فى تنظيمه للطلاق بفكرة الجزاء ، إذ لا يكون إلا بسبب خطأ ارتكبه أحد الزوجين [١] كما تبدو فكرة الجزاء فى نطاق الآثار المترتبة على التطليق ، إذ يوقع الجزاء بالمسئول الذى وقع منه الخطأ ، سواء كان جزاء ماليًا أم كان جزاء من نوع آخر [٢] .

---

(١) فالزنا والحكم بعقوبة جناية والقسوة والإساءة تبرر الطلاق ضد من ينسب إليه ، لأنها إيذاء ومضارة للآخر . وهذا ماجعل القضاء الفرنسى يشترط دائما فى هذه الأسباب ما يجعلها من صور الإيذاء أو المضارة . أنظر بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق فقرة ١٠٨٠ ص ٣٩٥ وانظر مع ذلك ص ٣٩٦ ؛ وانظر كذلك جميل الشرقاوى البحث السابق ص ٢٧٠ - ٢٧١ .

ولهذا فان القانون الفرنسى يستبعد أسبابا معينة من بين أسباب الطلاق ، فهو لا يجعل الجنون وعدم الوفاق وغيبة أحد الزوجين من أسباب الطلاق (أنظر بلانيول ، السابق فقرة ١٠٨١ . وجميل الشرقاوى ، البحث السابق ص ٢٧١ وكتابه فى القانون المقارن ، السابق ص ٢٩٤) .

(٢) مثل الحرمان من الحضانة. فقد تدخل مسئولية المخطىء فى الاعتبار بالنسبة لحضانة الأولاد وضمهم . (جميل الشرقاوى . البحث السابق ص ٢٧١—٢٧٢) .

ومن القوانين ما يجمع بين فكرة الطلاق كجزاء والطلاق كعلاج . وذلك هو الشأن مثلا بالنسبة للقانون المدنى اليونانى . وهذا هو الشأن أيضاً بالنسبة للقواعد الخاصة بالطوائف الأرثوذكسية . إذ يظهر من المجموعات الخاصة بتلك الطوائف جمعها بين الفكرتين ؛ فالى جانب الأسباب التى يباح فيها التطليق بسبب خطأ يقع فيه أحد الزوجين كالزنا والاعتداء على الحياة أو اعتياد الايذاء، توجد أسباب أخرى للتطليق كالمرض فى صوره المختلفة ، والغيبة .

١٥٦ - تقسيم أسباب التطليق الى أسباب ملزمة و سباب غير ملزمة : ويقسم الفقه أسباب التطليق إلى أسباب ملزمة péremptoires وأسباب غير ملزمة facultatives . ولهذا التقسيم أثره من حيث سلطة القاضى، إذ فى الحالة الأولى لا يكون أمام القاضى إلا أن يقضى بالتطليق متى توافر السبب . فليست له أية سلطة تقديرية ، ويتعين عليه أن يقضى بالتطليق ، حتى ولو لم يكن ذلك ملائما فى نظره . وهذا هو الشأن مثلا فى حالة الزنا الحقيقى ، إذ متى ثبت الخطأ على الزوج الزانى بارتكابه الزنا حكم القاضى بالتطليق . أما فى الحالة الثانية بالنسبة للأسباب الغير ملزمة أو الاختيارية ، فيكون للقاضى سلطة تقديرية . إذ له أن يقضى بالتطليق أو لا يقضى به حسبما يتراءى له من حيث خطورتها على الحياة الزوجية . وهذا هو الشأن مثلا بالنسبة لحالة استحكام النفور وتصدع الحياة الزوجية . إذ له سلطة كبيرة فى الحكم بالتطليق ورفضه ، حسبما يرى من حيث أثر هذا السبب على استحالة الحياة الزوجية أو عدمها [1] .

---

(١) أنظر فى هذا : بلانيول وربيير وبولانجى ، السابق ، فقرة ١٠٨٠ . جميل الشرقاوى البحث السابق ، ص ٢٧٢ و ٣٠٣ .

ويراعى فى هذا الصدد أمر هام ، وهو أن كون السبب إلزامياً لا يعنى انعدام سلطة =

هذه بعض مسائل عامة تتعلق بأسباب التطليق فى الشريعة المسيحية ، رأينا أن نعرض لها فى البداية قبل الكلام عن تلك الأسباب . وتبقى لنا ملاحظة أخيرة فى هذا الصدد نشير اليها قبل البدء فى الكلام عن أسباب التطليق ، وهى أن تلك الأسباب إذا كانت قد وردت لدى الطوائف المختلفة على سبيل الحصر والتحديد ، فان منها ما هو مشترك بين الطوائف الأرثوذكسية والبروتستانت . ومنها ما هو خاص بالطوائف الأرثوذكسية وحدها . ولهذا رأينا أن نعرض للأسباب المشتركة أولا ، ثم نعرض بعد ذلك للأسباب الأخرى ، موضحين فى حينه ما إذا كان السبب خاصاً ببعض الطوائف دون البعض ، كما نعرض كذلك للأسباب التى تنفرد بها بعض الطوائف الأرثوذكسية . ومن ناحية أخرى ، فلما كانت شريعة الكاثوليك لا تعرف انحلال الرابطه الزوجية بالتطليق ، كما قدمنا ، إلا أنها مع ذلك تبيح انحلالها إذا كان الزواج غير مكتمل بالدخول فى حالات معينة ، لذلك فاننا نعرض لهذا أيضاً باعتباره انحلالا للرابطة الزوجية لسبب يطرأ بعد العقد وقبل الدخول . ثم نعرض أخيراً لمسألة تثار بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية وأسباب التطليق وهى مسألة عدم قبول دعوى التطليق.

أولا : الأسباب المشتركة بين الأرثوذكس والانجيليين

١٥٧ ـ **السبب الأول : الزنا وما فى حكمه** : يعتبر الزنا من الأسباب التى انعقد عليها الإجماع بين الطوائف الأرثوذكسية والبروتستانتية ، وذلك نظراً

= القاضى فى بحث توافر الشروط اللازمة لقيامه ، اللهم إلا فى الحالات التى يثبت فيها ذلك بصورة قاطعة ، وفى هذه الحالة الأخيرة يقتصر دور القاضى على التحقق من قيام السبب . فنى حالة الزنا مثلا يكون على القاضى أن يبحث الشروط اللازمة لقيامه كسبب للتطليق ، بأن يرتكب عن عمد ، حال قيام الزوجية . . . لكن متى ثبت الزنا على أحد الزوجين بحكم جنائى ، واقتصر دور القاضى فى هذه الحالة على التحقق من صدور الحكم الجنائى فى جريمة الزنا ».

للنصوص الصريحة التى أوردها الكتاب المقدس ، والتى سبق أن أشرنا إليها فى مواطن متعددة [١] .

وإلى جانب ما جاء فى الكتاب المقدس بشأن اعتبار الزنا سببا للتطليق، فقد وردت نصوص صريحة بشأنه فى مواطن متعددة ، سواء فى كتب الفقه الكنسى على اختلاف أنواعها ، أم فى المجموعات الخاصة بالطوائف [٢] .

وإذا كان الزنا يعتبر من أسباب التطليق ، فانه لا ينبغى أن يفرق بين زنا الزوج وزنا الزوجة . فيجوز للرجل ، كما يجوز للمرأة طلب التطليق فى حالة زنا الآخر . وهذا ما تنص عليه بعض الطوائف صراحة [٣] .

---

(١) وقد رأينا أن الأرثوذكس والانجيليين قد فهموا الطلاق بسبب الزنا على أنه انحلال الرابطة الزوجية حال حياة الزوجين ، خلافاً للمذهب الكاثوليكى الذى يصرف الطلاق إلى معنى آخر هو انفصال الزوجين انفصالا جسمانياً . أنظر فيما سبق فقرة ١٥٠ من هذا المؤلف .

(٢) من ذلك ما جاء بالمادة ٤٨ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس سنة ١٩٥٥ إذ نصت على أنه : « يجوز لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لعلة الزنا » . وهذا هو ما نصت عليه المادة ٥٠ من مجموعة ١٩٣٨ للطائفة نفسها . وهو ما نص عليه بالنسبة للطوائف الأخرى التى تبيح التطليق . أنظر المادة ٧ من القواعد الخاصة **بالروم** الأرثوذكس ، والمادة ٣٨ **ارمن** ، والمادة ٦٠ وما بعدها من مجموعة **السريان** ، والمادة ١٨ من القواعد الخاصة **بالانجيليين** . وانظر بصفة عامة الأسانيد التى ذكرت فى المواطن المتعددة ، سواء فى الكتاب المقدس أو فى غيره ، على اعتبار الزنا سبباً للتطليق ، ما أوردناه سابقا فى هذا الشأن وما أشار اليه محمد نمر وألفى بقطر ، المرجع السابق ص ٣٢٠ و ٣٢١ وكذلك من ٣٣٠ وما بعدها .

(٣) وهم الأقباط والأرمن والروم والانجيليون . أما السريان فانهم يدخلون زنا المرأة فقط فى الاعتبار ، كما سنرى . ومع ذلك فان كتب الفقه لدى الأقباط قد اعتدت بزنا المرأة فقط . وجعلت منه سبباً لإنهاء الرابطة الزوجية ، على أساس أن النتائج المترتبة عليه تعد أكثر خطورة من زنا الرجل ، وخاصة بالنسبه لاختلاط الأنساب . فقد جاء فى قوانين ابن لقلق « أن الزيجة تنفسخ بثبوت الزنا على المرأة » (ملحق ابن العسال ص ٢٣) . وانظر كذلك ابن العسال ، السابق ص٢١٣ و٢١٧ و٢٢٠ . والخلاصة القانونية مسألة ٢٥ ، وقد جاء =

ولكن مجموعة السريان الأرثوذكس قد تعرضت لزنا المرأة فقط باعتباره سببا للتطليق [1] . وقد بررت نصوص هذه المجموعة وجهة نظرها بأسباب ثلاثة. (١) أن فضاحة المرأة فى الزنا بسبب الحبل أكثر من الرجل . (٢) أن أولاد الرجل الزانى لا يختلطون بأولاد امرأته الشرعية ولا يرثون معهم ، أما أولاد المرأة الزانية فانهم يختلطون بأولاد زوجها الشرعى ويرثون معهم ، بخلاف الحق . (٣) أن أولاد الزناة هم أولاد بالظن وأولاد الزانيات أولاد حق [2] .

ومهما يكن من الأمر ، فاننا لا نجد فى المجموعات الحديثة ــ عدا مجموعة السريان ــ تفرقة بين زنا المرأة وزنا الرجل من حيث اعتباره سببا للتطليق . وهذا أمر منطقى تتحقق به المساواة بين كل من الزوج والزوجة ، إذا ما أخل أحدهما بالتزامه بالإخلاص نحو الطرف الآخر . فالإخلال بهذا الالتزام

= بها فى صدد الكلام عن فسخ الزواج وانحلاله أنه : « إذا زنت الامرأة بعد زواجها واطلع رجلها على أمرها ، وأثبت ذلك لدى الرئيس الشرعى ، تفرق منه » .

ومع ذلك فقد تعرض ابن العسال (السابق ص ٢١٩) لزنا الرجل فى حالة معينة وهى حالة ما إذا « وجد الرجل مع امرأة أخرى فى المنزل الذى هو ساكن فيه مع زوجته ، أو كان فى المدينة يخالط امرأة أخرى ووبخ بأنه قد بات معها دفعات ، وشكى بهذا عن ألسن والديه ووالدى الحرمة أو قوم آخرون من ثقات الشهود ، فلم يقلع عن الإفك » . فى هذه الحالة ، الخاصة بزنا الرجل فى منزل الزوجية أو اعتياده على مخالطة امرأة غير زوجته وعدم إقلاعه عن ذلك ، للزوجة أن تطلب انفصام الرابطة الزوجية .

(١) وقد أخذت مجموعة السريان بما جاء فى المجموعات الفقهية للأقباط الأرثوذكس فى هذا الصدد ، وبصفة خاصة بما جاء فى الخلاصة القانونية .

(٢) أنظر فى هذا الصدد المادتين ٦١ و ٦٢ من مجموعة السريان ، وقد تكلمت هذه المجموعة عن الزنا فى المواد من ٦٠ إلى ٦٦ بالفصل الرابع من الباب الثانى وجاء فى المادة ٦٠ أن الفسخ بسبب الزنا مستند على ما ورد فى الانجيل ، وأن الرب قد سمح بذلك حفظاً لطهارة =

لا يختلف من حيث طبيعة ، سواء وقع من جانب الرجل أم من جانب المرأة [1]

وتجرى أحكام المحاكم على إدخال الزنا فى الاعتبار ، سواء وقع من جانب الزوج أم من جانب الزوجة [2] .

ما يعتبر فى حكم الزنا : لا جدال فى أن الزنا يعتبر سببا للتطليق متى كان زنا حقيقياً يتصل فيه أحد الزوجين بشخص آخر اتصالا جنسياً أثناء قيام الرابطة الزوجية . فالاتصال الجنسى بغير الزوج يعتبر زنا ، حتى ولو كان بشخص آخر عقد معه أحد الزوجين زواجا ثانياً مع بقاء الرابطة الأولى . إذا الزواج الثانى يعتبر زنا ، طالما بقى الزواج الأول . وتبعاً لذلك يعتبر سببا للتطليق [3] . وهذا ما نصت عليه القواعد الخاصة ببعض الطوائف (الروم) صراحة ، إذ أعطت «لكل من

= الزواج ومتانة رباطه لأن المرأة بارتكابها الفجور تسبب تدنيس مهدها واختلاط الدم فى التناسل بين شرعى وغير شرعى ، أى محلل ومحرم ، كما تسبب تخديش كرامة العائلة المسيحية وتلويثها بردادة السمعة . كما جاء فى المادة ٦١ أن زنا المرأة هو حجة طلاقها وليس كذلك زنا الرجل.. وإنما هو حجة للتبكيت والمنع من القربان . وانظر كذلك ، ما أورده ابن العسال ، السابق ص ٢١٤ .

(١) أنظر فى هذا المعنى : جميل الشرقاوى : الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، الكتاب الأول ، فى شرائع الوطنيين ١٩٥٩ - ١٩٦٠ - ص ٣٤٨ - ٣٤٩ . وانظر كذلك : إهاب اسماعيل ، ، رسالته ، فقرة ٢٦ ص ١١٦ - ١١٧ . وأحمد سلامة ، السابق ط ٢ رقم ٣٥٣ ص ٧٦٨ .

(٢) أنظر مثلا : استئناف القاهرة فى ١٩٥٧/٥/٢٩ رقم ١٧ س ٧٤ ق (مجموعة خفاجى ورابح ، ص ٥٦ رقم ٩) . حيث أدخلت المحكمة فى الاعتبار إخلال الزوج بالتزامه بالاخلاص من حيث عدم امتناعه عن العلاقات مع غير زوجته . وانظر كذلك الاسكندرية الابتدائية فى ١٧ /١٩٥٧/١٢ رقم ٢٧ س ٥٦ كلى . بين أرمن أرثوذكس حيث نظرت المحكمة إلى زنا الزوج وأدخلته فى الاعتبار (الحكم فى صالح حنفى ٢ رقم ٦٨١ ص ٥١٣) .

(٣) وان كان يراعى أن إبرام زواج ثان مع قيام الأول يجعل الثانى باطلا لقيام مانع الزواج السابق .

الزوجين أن يطلب الطلاق لسبب زنا الآخر أو إقدامه على عقد زيجة أخرى . . . » [1] .

وإذا كان القانون الكنسى يجعل الاتصال بغير الزوج الآخر زنا حتى ولو كان عن طريق عقد زواج ثان ، فانه لا يقف عند هذا الحد . ذلك أن مدلول الزنا باعتباره سببا للتطليق ، لا يقف عند الحالة التى يتم فيها اتصال جنسى بغير الزوج ، أيا كان سبب هذا الاتصال ، ولكنه يمتد إلى حالات أخرى لايقع فيها اتصال جنسى ، وإنما يكون من شأنها أن تحمل على الاعتقاد بوقوعة لأنها تؤدى إليه . وقد عبر ابن العسال [2] عن ذلك بأنه « ما يستلزم الزنا فى الأكثر » ، وذلك كما إذا « شربت المرأة بغير رأى زوجها مع رجال ، أو استحمت أو مضت إلى مواضع الصيد والجوع وزوجها مانع من ذلك ، أو باتت خارج منزله ، إلا إن كان مبيتها فى بيت والديها ، أو لم يكن لها أب وكان هو السبب فى مبيتها خارجا » [3] . وجاء فى المسألة ٢٥ من الخلاصة القانونية أنه « إذا تمادت

---

(١) المادة ٧ من القواعد الخاصة **بالروم** الأرثوذكس . وقد أورد ابن العسال « السابق س ٢٠٦) فى هذا الصدد : « ولا يجمع الرجل عنده زوجتين بعلة اللذات والدخول فى تكاثر التزويج للشهوة لا للزرع الذى أمر الله به » ومن فعل ذلك فليمنع من أخذ القربان ومن الدخول إلى الكنيسة وليخرج من الجماعة حتى يفارق الثانية ويلزم الأولى . وإن جمع بينهما أو عزل كل واحدة منهما فى بيت أو امرأة وسرية ، فليخرج من الكهنوت إن كان كاهنا ، وإن كان من العلمانيين فليمنع من مخالطة الجماعة » .

ومع ذلك فانه يراعى بالنسبة للتعدد لدى طائفة الروم الارثوذكس أنه يعطى للزوج الآخر الحق فى طلب التطليق ، بمجرد العقد الثانى حتى ولو لم يحصل اتصال جنسى بين الطرفين. فمجرد الإقدام على عقد زواج جديد ، بسوء قصد ، يعتبر سببا للتطليق ولا يلزم حصول معاشرة بين الطرفين . وهذا ما يتضح من المادة ٧ سالفة الذكر . مع مراعاة ان الزواج الأول يعتبر مانعا من زواج ثان كما قدمنا — وانظر فيما يلى فقرة ١٧٩ .

(٢) المرجع السابق ص ٢١٣ .

(٣) المرجع السابق ص ٢١٨ .

المرأة على إجراء مايستلزم إفساد عفتها ، كما إذا سكرت أو سمعت الملاهى مع رجال أجانب أو ترددت إلى أماكن اللهو بدون إذن الرجل أو ما يجرى مجرى ذلك مما يشين عرضها ويعرضها لخطر الفساد ولم تنته ولم تتب واستمرت بعد نصحها وتوبيخها وردعها من الرئيس ثلاث مرات ، مواظبة على قباحتها ، يكون ذلك موجبا لفراقها من الرجل بفسخ زيجتها » .

هذا هو ما جاء فى المجموعات الفقهية للأقباط الأرثوذكس . وهو يبين لنا أن الأمر لا يقف عند الزنا بالمعنى السابق ، ولكنه يمتد إلى كل مايستلزم الزنا وما يؤدى إليه وإن لم يثبت ارتكابه فعلا . وهذا ماتعبر عنه المجموعات الحديثة **بسوء السلوك** [1] .

وإذا كانت المجموعات الفقهية تدخل فى الاعتبار سوء السلوك من جانب المرأة فقط ، فان المجموعات الحديثة تنظر إلى سوء سلوك أى من الزوجين ، كما هو الشأن بالنسبة لحالة الزنا الحقيق .

---

(١) فتنص المادة ٥٦ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس على أنه : « إذا ساء سلوك أحد الزوجين وفسدت أخلاقه وانغمس فى حمأة الرذيلة ، ولم يجد فى اصلاحه توبيخ الرئيس الدينى ونصائحه ، فللزوج الآخر أن يطلب الطلاق » . وتدخل الطوائف الأرثوذكسية الاخرى سوء السلوك فى الاعتبار كسبب من أسباب التطليق . فتنص المادة ٥١ من مجموعة **الارمن** على أنه « ويحكم أيضاً بالطلاق ... اذا سلك أحد الزوجين سلوكا معيباً لا يتفق مع الاحترام الواجب للزوج الآخر ، ولو لم تكن هناك أدلة على الزنا .. » . وقد صدر فى شأن هذا النص حكم من محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٠ - ١١ - ١٩٥٧ رقم ١١٤٧ س ١٩٥٦ (مجموعة خفاجى ورابح ص ٦٥) . وانظر كذلك المادة ١٥ ب من القواعد الخاصة **بالروم** . وهذا هو الحكم أيضاً بالنسبة **للسريان** انظر المادة ٩٠ من مجموعتهم ، وانظر كذلك ما جاء بهامش ص ٦٠ من مجموعة خفاجى ورابح ، أما القواعد الخاصة **بالبروتستانت** فانها لا تعتمد إلا بالزنا الحقيق فقط ، ولا تدخل سوء السلوك أو ما يعتبر فى حكم الزنا فى الاعتبار كسبب للتطليق .

وعلى الرغم من عدم النص على سوء السلوك فى مجموعة سنة ١٩٥٥ للأقباط كسبب من أسباب التطليق ، إلا أنه يمكن القول إن المحاكم قد استقرت على إعمال هذا السبب [١] . فهى لم تقف لدى الزنا الحقيقى ، بل أخذت أيضاً بما أسمته بالزنا الحكمى وسوء السلوك [٢] .

ويبدو من اتجاهها فى هذا الصدد أنها تستلزم إلى جانب سوء سلوك أحد الزوجين وفساد أخلاقه وانغماسه فى حمأة الرذيلة ، أن يعتاد على ذلك بحيث لا يرجى صلاحه . إذ ينبغى أن تكون الأفعال التى يأتيها أحد الزوجين من الجسامة إلى حد يمكن القول معه بأنه قد أخل بواجب الإخلاص نحو الزوج الآخر . فاذا كان هناك من الظروف ما يقطع بأن أحد الزوجين سيء السلوك واعتاد على ذلك ، تحكم المحاكم بالتطليق بناء على طلب الزوج الآخر [٣] .

---

(١) أنظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ٢٤-١١-١٩٥٧ (المجموعة السابقة ص ٦٤ رقم ٨) .

(٢) ولذلك قضى بأن « الزنا بمعناه الأعم يشمل الحالات التى تواضع رجاله الفقه الدينى على تسميتها بالزنا الحقيقى ، وهى اتصال جنسى محرم بين أحد الزوجين وشخص غريب فى العقد كما يشمل حالات أخرى أطلق عليها حالة الزنا الحكمى ، وهى التى لا يصل الوضع فيها إلى الحالة السابقة ، وإنما تكون سبيلا إلى الظن بأنها تؤدى إليه لأنها تفسد الظن وتؤدى إلى الاعتقاد به ، إلى الاعتقاد بوقوع الزنا الحقيقى . ومثالها أن تتواجد المرأة فى محلات الفجور واللهو أو المواخير أو تواجدها فى بيت لا يؤمن فيه على عفتها ... » . محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٠-٦-١٩٥٦ ، وانظر كذلك حكما من محكمة دمنهور الابتدائية فى ١٠-٤-١٩٥٦ . والحكمان أشار إليها خفاجى ورابح ص ٥٨ و ٥٩) .

(٣) (أنظر استئناف القاهرة فى ١٥-٥-١٩٥٧ رقم ١٩٤ س ٧٣ ق) . وفى نفس المعنى حكما آخر من القاهرة الابتدائية فى ١٠-٦-١٩٥٦ (والحكمان فى مجموعة خفاجى ورابح ص ٦٣ و ٥٩ على التوالى) . وقد جاء فى هذا الحكم الأخير أن الحكم على الزوجة بالحبس لتحريضها الغير على الدعارة وإدارتها مسكناً لهذا الغرض « فضلا عما فيه من دلالة واضحة على سلوكها الشائن ، فهو يحمل على الاعتقاد بارتكاب الزوجة نفسها لجريمة الزناء لأن من يرغب فى ارتكاب الفحشاء إذا لم يجد نسوة فلا يستبعد أن تقوم بنفسها لهذا الغرض المنافى للآداب » .

وقد اعتبر من سوء السلوك فى هذا الصدد إدارة الزوجة منزل الزوجية للدعارة السرية فى غيبة الزوج ، وتحريض إحدى النسوة على الفسق ، وتسهيل السبيل لها بارتكاب الفحشاء ، مما أدى إلى الحكم على هذه الزوجة بالحبس والغرامة ووضعها تحت مراقبة البوليس .

فاذا لم يصل الأمر إلى هذا الحد من الاعتياد على الفساد والانغماس فى حمأة الرذيلة ، فلا يكفى ذلك للإجابة إلى طلب التطليق . والأمثلة التى عرضت على القضاء فى هذا الصدد كثيرة ، فلم تكتف المحاكم بتوافر الشائعات عن سلوك الزوجة وخاصة إذا خلت تلك الشائعات من تحديد واقعة معينة تنم عن سوء أخلاق الزوجة [1] . كما لم تكتف المحاكم كذلك بأن ترى الزوجة جالسة إلى جوار رجل داخل سيارته ، إذا لم يبد منهما ما يريب تلك الزوجة [2] . ولم تقض المحاكم بالتطليق كذلك إذا كان كل ما أسند إلى الزوجة هو أنها وشقيقتها قد التقيتا مع قريب لهما بأحد المحال العامة دون أن يقطع الزوج المدعى بأنهم كانوا يشربون الخمر ، إذ أن هذه الواقعة لا ترقى إلى مرتبة الاخلال بالتزام الإخلاص ولا تفسد الظن ولا تحمل فى طياتها أى معنى من معانى سوء السلوك

---

(١) أنظر استئناف القاهرة فى ٢٣-١-١٩٥٧ رقم ١٧٠ س ٧٣ ق (المجموعة السابقة ص ٦٠) .

(٢) أنظر استئناف القاهرة فى ٢٧-٦-١٩٥٦ رقم ١٢٨ س ٧٣ ق أورده إيهاب اسماعيل فى مؤلفه السابق ص ١٧٨ .

ولم تقبل المحاكم فى هذا الصدد كذلك مجرد الشك فى سلوك الزوجة لصلتها بأحد الأشخاص أو إقامتها بمنزل أحد الضباط ، لأن هذا لا يؤكد وقوع الزنا أو فساد الزوجية ، إذ من الجائز أن تكون الإقامة مردها تربية أولاد من أقامت لديه الزوجة وتعليمهم على النحو الذى ساقته الزوجة ... (الاسكندرية الكليه فى ٢٠-٣-١٩٥٦ جدول عمومى رقم ٣٣ س ٥٦ - غير منشور) . والنزاع بين أقباط أرثوذكس) .

والانغماس فى الرذيلة [١] . وأخيراً فان المحاكم لم تقض بالتطليق فى هذا الصدد كذلك ، رغم اعتبارها تصرف الزوجة إخلالا بواجباتها يتنافى مع الأخلاق والأمانة الواجب أن يسودا رباط الزوجية ، لأنه لم يثبت لديها اعتياد الزوجة على القيام بمثل هذا التصرف [٢] .

هذه بعض أمثلة لما عرض على القضاء واعتبره سبباً للتطليق أو لم يعتبره كذلك . ولا يمكن وضع حد لما يعتبر سبباً للتطليق فى هذا الصدد . فهى مسألة تختلف بشأنها المعايير . ولذلك قررت محكمة النقض أن تقدير ما يعتبر من سوء السلوك يعد من المسائل الموضوعية وتبعاً لذلك يترك للقاضى تقديره فى كل مسألة على حده [٣] . وإذا ما قلنا بأن تقدير سوء السلوك يعد من المسائل الموضوعية فان موقف القاضى يختلف عنه فى حالة الزنا الحقيقى ، إذ فى هذه الحالة الأخيرة لا تكون له سلطة فى التقدير متى ثبت لديه وقوع الزنا [٤] .

هذا ويراعى أن القضاء قد اعتد بسوء السلوك سواء من جانب الزوج أم من جانب الزوجة . وتبعاً لذلك يتعين فى صدد الكلام عن سوء سلوك الزوج أن يثبت عليه القيام بفعل من الأفعال المعتبرة من سوء السلوك ، وعلى سبيل

---

(١) استئناف القاهرة فى ١٧-٤-١٩٥٧ رقم ٤١ س ٧٤ ق (مجموعة خفاجى ورابح ص ٦٢ رقم ٦) .

(٢) وقد كان ما نسب إلى الزوجة أنها ضبطت تجلس إلى جوار شخص أجنبى بالسينما (الحكم من القاهرة الابتدائية فى ٦-٤-١٩٥٨ — المجموعة السابقة ص ٦٤ رقم ١٠) .

(٣) أنظر حكم النقض فى ١٠ يناير ١٩٥٧ (مجموعة المكتب الفنى ، السنة الثانية ، العدد الأول ص ٦٠) والحكم خاص بحق الزوج فى تطليق زوجته لريبة فى الشريعة الموسوية لطائفة القرائين .

(٤) أنظر فى هذا الموضوع كذلك : إهاب اسماعيل ، رسالته ، فقرة ٢٧ ص ٤١٧ وما بعدها .

الاعتياد ، كما قدمنا [١] . فلا يكفى فى هذا الصدد أن يخشى على الزوج من سوء السلوك والتردى فى المعصية [٢] .

اختلاف مدلول الزنا عنه فى القانون الجنائى : يختلف مدلول الزنا كسبب للتطليق عن مدلوله فى نطاق القانون الجنائى ، فالزنا فى الشريعة المسيحية ينصرف إلى الزنا الحقيقى وما يستلزمه ، مما يعبر عنه بسوء السلوك ولو لم تحصل مخالطة جنسية . أما فى القانون الجنائى فان الأمر يختلف عن ذلك إذ للزنا معنى أضيق. ولكى تقوم جريمة الزنا يتعين حصول الوطء بالطريق الطبيعى ، ولا عقاب على ما دون ذلك من أعمال الفحش التى ترتكب مع رجل آخر أو امرأة أخرى [٣]

ونتيجة لذلك فانه قد توجد حالات يقضى فيها بالتطليق دون أن تقوم جريمة جنائية ، نظراً لاختلاف مفهوم الزنا فى القانون الجنائى عنه فى الشريعة المسيحية . هذا بالاضافة إلى أن القانون الجنائى يتقيد فى إثبات الزنا بأدلة معينة لا يخضع لها إثبات الزنا كسبب للتطليق على ما سنرى بعد قليل . وكذلك فانه

---

(١) وانظر أيضاً حكما لمحكمة القاهرة الابتدائية فى ٢٦-٥-١٩٥٧ (مجموعة خفاجى ورابح ص ٦٤ رقم ٩) .

(٢) ولهذا فاننا لا نوافق على ما اتجه إليه بعض أحكام المحاكم فى هذا الصدد من الحكم بالتطليق «إذا ترجح لسبب يقينى أن الزوج موشك على الفساد وارتكاب الزنا والتردى فى الزنا والخطيئة لإشباع غريزته الجنسية بسبب مرض زوجته مرضاً أعدم صلاحيتها للمعاشرة الجنسية لا ينتظر برؤها منه » (حكم محكمة بنها الابتدائية فى ١٩-١٢-١٩٥٦ رقم ٥٢ لسنة ٥٦ كلى — غير منشور) . ذلك أنه لم يثبت على الزوج سوء السلوك بعد حتى يتخذ من ذلك سبب للتطليق . أى أنه لم يقع من الزوج أى خطأ بعد ، فلا يصح أن نستند إلى خطأ يحتمل أن يقع، ثم إنه على فرض ثبوت الخطأ فى جانبه على هذا النحو فان الحق فى طلب التطليق يكون للزوجة لا للزوج ، إذ ليس له أن يستفيد من خطئه .

(٣) الأستاذ الدكتور محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الطبعة الخامسة ١٩٥٨ فقرة ٣٠١ ص ٢٦٢—٢٦٣ .

لا يلزم للتطليق بسبب الزنا أن يثبت ذلك بحكم جنائى [١] . بل ويمكن القضاء به كذلك حتى ولو لم ترفع الدعوى العمومية . إلا أنه إذا كانت الدعوى العمومية قد رفعت ، فان محكمة الأحوال الشخصية توقف الدعوى إلى أن يفصل فى الدعوى الجنائية [٢] . ويتوقف الأمر بالنسبة للتطليق على ما تقضى به المحكمة الجنائية . فاذا ما قضت بالإدانة ، تقيدت محكمة الأحوال الشخصية بحكمها . أما إذا قضت بالبراءة ، فان هذا الحكم لا يقيد محكمة الأحوال الشخصية ، لأن إثبات الزنا فى القانون الجنائى مقيد بقيود معينة لا يخضع لها فى حالة الاستناد إليه كسبب للتطليق ، ثم إن مدلوله فى نطاق الأحوال الشخصية أوسع ، إذ ينصرف إلى الزنا الحقيقى وما فى حكمه .

أثر التنازل عن الدعوى الجنائية على طلب التطليق . — وفى صلة الزنا باعتباره سببا للتطليق بالزنا فى القانون الجنائى يثار الكلام عن الأثر المترتب على التنازل عن الدعوى الجنائية ، وقيمة هذا التنازل بالنسبة لطلب التطليق .

تقرر محكمة النقض بصفة عامة فى شأن المادة ١٠ من قانون الإجراءات الجنائية، التى تنص على حق مقدم الشكوى أوالطالب فى التنازل عنه فى أى وقت إلى أن يصدر فى الدعوى حكم نهائى ، أن القانون قد جعل أثر التنازل منصبا

---

(١) أنظر حكما لمحكمة الاسكندرية الابتدائية فى ١٩-٢-١٩٥٧ رقم ٤٥ س ٥٦ (غير منشور) .

(٢) أنظر المادة ٢٩٣ مرافعات . وانظر كذلك : إهاب اسماعيل رسالته ، فقرة ٢٨ ص ١٢٠-١٢١ . وانظر بالنسبة لحجية الأحكام الجنائية بالنسبة لدعاوى الأحوال الشخصية ما أوردته محكمة القاهرة الابتدائية فى ٢٣-٦-١٩٥٨ رقم ٧٩١ س ٥٧ كلى (صالح حنفى) رقم ٥٩٩ ص ٥٢٣ .

على الدعوى الجنائية وحدها [1] . ويفرق الفقهاء فى هذا الصدد بين التنازل فى حالة الزنا وبين الحالات الأخرى التى يتوقف فيها الأمر على طلب أو شكوى من المجنى عليه . وهم يرون أن التنازل فى حالة الزنا ، قبل أن يصير الحكم نهائيا ، ينصرف إلى الدعويين الجنائية والمدنية ، وذلك نتيجة لازمة لحكمة تخويل التنازل فى هذه الحالة ، وهى عدم تأكيد الفضيحة رعاية لمصلحة العائلة ، وهو ما لا يتحقق إذا أجيز للزوج أن يثير المسألة أمام المحكمة المدنية من حيث المطالبة بالتعويضات [2] . والكلام فى هذا المجال ينصرف إلى المطالبة بالتعويضات وهى مسائل مالية ، ورعاية الأسرة تقتضى انصراف التنازل إليها . ولكن الأمر على خلاف ذلك فى حالة طلب التطليق ، إذ الأمر لا يتعلق بمسائل مالية وتعويضات وإنما يتعلق بالشرف المثلوم ، ولذلك لا نرى فى هذا الصدد قياس دعوى التطليق على الدعوى المدنية والقول بأن التنازل فى حالة الزنا ينصرف إلى الدعويين الجنائية ودعوى التطليق ، وخاصة أن الزوج قد لا يرغب فى المبالغة فى التشفى عن طريق توقيع العقوبة على الزوجة الزانية ، ولكنه يرى من ناحية أخرى أنها قد أساءت إلى الرابطة الزوجية وأخلت بالالتزام بالاخلاص مما يجعل الحياة الزوجية غير ممكنة بعد ذلك ، فيطلب التطليق . لأنه إذا صفح عنها بالنسبة لتوقيع العقوبة فقد لا يغتفر لها زلتها فى حق الرابطة المقدسة [3] . هذا مالم يتنازل الزوج عن الدعوى الجنائية ودعوى التطليق إذا

---

(١) والحكم وارد بصدد التنازل فى حالة السب ، نقض جنائى فى ٢١ ديسمبر ١٩٥٤ طعن رقم ١٢١٠ س ٢٤ ق (مجموعة المكتب الفنى س ٦ عدد ا حكم رقم ١١٠ ص ٣٣٧)

(٢) الأستاذ الدكتور محمود مصطفى ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، الطبعة الثانية ١٩٥٣ ص ٧٩—٨٠ .

(٣) وانظر فى تأييد هذا النظر حكم القاهرة الابتدائية المشار إليه سابقاً فى ٢٣-٦-١٩٥٨ (صالح حنفى ج ٢ ص ٥٢٤—٥٢٥) .

كانت قد رفعت . وتنازله عن دعوى التطليق قد يكون صريحا ، كما قد يكون ضمنيا . وفى هذه الحالة الأخيرة قد ينصرف تنازل الزوج عن الدعويين برضائه معاشرة زوجته كما كانت ، لأن سلوكه ينطوى على الصفح عنها من جميع النواحى [1] .

اثبات الزنا : يختلف إثبات الزنا فى هذا المجال عنه فى نطاق القانون الجنائى . فقد حددت المادة ٢٧٦ عقوبات الأدلة التى تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا وهى « القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو اعترافه أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه ، أو وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم » . ومن ناحية أخرى استلزم القانون الجنائى بالنسبة لزنا الزوج أن يكون فى « منزل الزوجية » . فلا بد إذن من توافر دليل من الأدلة السابقة ، كما لا بد فى حالة زنا الزوج أن يكون فى منزل الزوجية ، وهذه أمور لا تتطلب فى إثبات الزنا إذا ما أريد الاستناد إليه كسبب للتطليق ؛ فاثبات الزنا فى هذه الحالة الأخيرة مطلق من كل قيد ، كما لا يلزم أن يكون زنا الزوج فى منزل الزوجية ، وإنما يمكن الاستناد إليه أينما كان .

ويقع عبء الإثبات على من يريد أن يستفيد من زنا الآخر ويطلب التطليق . ويسهل الأمر إذا ما ثبت الزنا بحكم جنائى . وفيما عدا ذلك يتم الإثبات بكافة الطرق . [2] وقد وضعت القواعد الخاصة ببعض الطوائف أدلة معينة فى شأن

---

(١) مادة ٢٧٧ عقوبات .

(٢) أنظر كذلك أمثلة لما يمكن أن يثبت به الزنا أوردها محمد نمر وألنى بقطر ، المرجع السابق وخاصة ص ٣٢٥ .

إثبات الزنا يمكن الاستنارة بها فى هذا الشأن[1] . وفى حالة الأمور التى تعتبر فى حكم الزنا ، وسوء السلوك فانه يتعين على من يريد التطليق أن يثبت وقوع أفعال تدل على انغماس زوجة فى الرذيلة على النحو الذى بيناه من قبل ، وأن يثبت كذلك وقوع تلك الأفعال بصفة متكرره[2] .

على أنه لا يكفى إثبات ارتكاب الأفعال المكونة للزنا حتى يحكم بالطليق ، بل لابد إلى جانب ذلك من ثبوت الخطأ فى جانب الزانى . إذ يلزم أن يتم الزنا عن عمد وإدراك من الشخص بفعله . فاذا لم يتوافر ذلك بأن كان مجنوناً أو بأن دفع إلى ارتكاب الزنا بالاكراه — كما إذا أكرهت الزوجة على ارتكاب الزنا رغم إرادتها أو واقعها شخص كرها — فلا يعد ذلك سبباً للتطليق لانتفاء الخطأ فى جانبه . كما أن الزنا لا يعد سبباً للتطليق كذلك إذا وقع فيه الشخص

---

(١) نصت المادة ٦٣ من مجموعة **السريان** الأرثوذكس على أن الحجج التى تؤيد زنا المرأة أربع :

(أولا) : إذا حبلت وزوجها غائب أو كان حاضراً ولم يدن منها . (ثانياً) : إن فضحت بزنا ظاهر مع واحد أو أكثر . (ثالثاً) : إن أقرت بلسانها أنها قد زنت . (رابعاً): إن شهد عليها أكثر من شاهدين ثقة من المؤمنين بأنها قد شاهداها مع غريب تحت الرداء بطريق الفجـور . ويضيف النص كذلك أنه « ترجح شهادة النساء متى كانت التى وشى بها بتولا » .

(٢) وقد حكم فى هذا الصدد أنه لا يكفى الادعاء بأن الزوجة قد حادت عن الطريق السوى بدأبها على الخروج مع أشخاص غرباء عنها فى سيارتهم ورؤيتها على هـذا الحال فى أوضاع مريبة ، بل لا بد من تأييد ذلك وخاصة أن المدعى لم يكن يعجز عن ضبطها فى إحدى المرات أو يبادر إلى تحرير محضر باثبات هذه الحالة حين وقـوعها (استئناف القاهرة فى ٢٢-٢-١٩٥٧ رقم ٤٠ س ٧٤ ق . مجموعة خفاجى ورابح ص ٦٢ رقم ٣) . وانظر كذلك استئناف الاسكندرية فى ١٢-٦-١٩٥٧ رقم ٨ س ١٣ ق ملى فى صالح حنفى ٢ رقم ٦٠٩ ص ٤٦٤ . بالنسبة لعدم قبول إثبات الزنا استنتاجا من حملها بعد أن هجرته ، خاصة أنه لم يقم أى دليل يعزز ذلك .

نتيجة غلط ، بأن اتصل جنسياً بشخص آخر معتقداً أنه زوجة[1]

وإذا كان يلزم توافر الارادة وأن يقع الزنا بطريق العمد ويثبت الخطأ فى جانب الزانى ، فانه يلزم إلى جانب ذلك ألا يكون من يتمسك بذلك مخطئا هو الآخر ، فاذا حرض الزوج زوجته على الزنا أو دفعها إليه ، أو تم الزنا باتفاق بين الزوجين ، فلا يجوز للزوج أن يعود بعد ذلك ويطلب التطليق . وإذا ما طلبه لا تقبل دعواه[2] .

وفى صدد إثبات الزنا يثار الكلام عن أثر إقرار الشخص بالزنا . فاذا

---

(١) أنظر جميل الشرقاوى : البحث سالف الذكر ، ص ٢٥٧ . ومع ذلك فان القضاء الفرنسى ، ويؤيده الفقه ، لم يدخل فى الاعتبار حالة ما إذا تم الزنا بإرادة الزوج ولكن مع غلطه بأن اعتقد انحلال رابطته الزوجية ، واعتبر ذلك مبرراً للطلاق . إذ ليس للقاضى أن يجعل لنفسه سلطة فى تقدير أثر الزنا على رابطة الزوجية على ضوء ما فيه من خطأ ، بل يلتزم بالحكم بالطلاق لمجرد ثبوت ارتكاب الزوج للزنا (أنظر الأحكام المشار إليها فى هامش ٢ ص ٢٥٧ من البحث) .

هذا وقد نصت المادة ٦٤ من مجموعة **السريان** الأرثوذكس على أنه « ليس كل زنا حجة طلاق المرأة لأنها إن كان لم يتم لها أربع عشرة سنة وزنت لا تطلق . وهكذا إن سبقت غصباً وصرخت ، أو كانت خرساء وقهرت ، أو إن غلطت أى أنها رأت فى فراشها رجلا غريباً فظنت أنه زوجها ودخلت عليه ، ولما غرقت فى النوم بوغتت وهى غر غافل » .

وإذا كان النص السابق يعفى من زنت بمحض إرادتها إذا لم تبلغ ١٤ سنة فاننا لا نرى تعليلا لذلك ، لأنها تعتبر مميزة ، اللهم إلا أن يقال إن زواجها تم باطلا وتبعاً لذلك لا يقوم زواجها ولا يعد فعلها زنا « أو على أساس أنها غير مميزة فى نطاق الزواج فلا تحاسب على خطائها » (أحمد سلامة ، مذكراته السابقة ، ص ٦١ ، ومؤلفه السابق ط ٢ رقم ٣٥٤ ص ٧٧٠) .

(٢) وتنص المادة ١٦/١ من القواعد الخاصة **بالروم** الأرثوذكس على أن للزوجة أن تطلب الحكم بطلاقها من زوجها « إذا كان الزوج يجتهد معتدياً فى ذلك على عفافها ، فيدفعها ، لتزنى مع آخرين » . وانظر أيضاً المادة ٥٠ **أرمن** . وتنص على أنه « يحكم بالطلاق بناء على طلب الزوجة إذا فسدت أخلاق الزوج وخصوصا إذا دفع زوجته إلى الرذيلة بقصد المتاجرة بعفافها . ولا يقبل طلب الطلاق من الزوج فى هذه الحالة » .

ما أقر أحد الزوجين بالزنا لاينبغى أن يؤخذ باقراره إذا لم يقم عليه دليل سوى هذا الإقرار. ذلك أن الإقرار بالزنا قد يحصل توصلا إلى إنهاء الرابطة الزوجية، إذ ليس أيسر على من يريد التخلص من الحياة الزوجية من أن يدعى ارتكابه للزنا . ولهذا يرد عليه قصده ، فلا يقبل منه إقراره . ومن ناحية أخرى فان الذى يدعى بوقوعه هو فى الزنا لا يستطيع الوصول إلى التطليق ، لأنه هو المتسبب بخطئه فى ذلك ، فلا يستفيد من خطئه [1] .

سقوط دعوى التطليق للزنا : لم تبين القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة على وجه التحديد متى يسقط حق كل من الزوجين فى رفع دعوى التطليق . ومن الواضح أن حق الزوج المعتدى عليه يسقط إذا ما وافق على زنا الزوج الآخر [2] . كما يسقط حق الزوج فى طلب التطليق إذا ما حصل صلح بين الزوجين أو صفح المعتدى عليه عن الزوج المخطىء [3] .

١٦٨ ـ السبب الثانى : الخروج عن الدين المسيحى : إذا ما تم الزواج بين مسيحيين متحدين فى الديانة ثم خروج أحدهما عن ديانته كان ذلك سبباً لانهاء الرابطة الزوجية بالتطليق . وهذا السبب مشترك بين الطوائف المسيحية التى

---

(١) أنظر استئناف القاهرة فى ١٩٥٨/٥/٢١ رقم ٤٦ س ٧٥ ق أشار إليه إيهاب اسماعيل ، رسالته ص ١٢٢ هامش ٢ .

(٢) وقد نصت على ذلك المادة ٧ من القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس فقررت أنه « لا تقبل دعوى الزوج الذى وافق على الزنا أو على عقد قرينه زيجة ثانية » . وانظر كذلك المادتين ١٧ و ١٨ من القواعد الخاصة بهذه الطائفة . وتنص المادة ١٧ على سقوط حق طلب الطلاق بالصفح سواء قبل أو بعد رفع الدعوى . وتنص المادة ١٨ على سقوط دعوى الطلاق بمرور عام من حين علم الطرف المهان بسبب الطلاق ، وإلا فبمرور عشر أعوام من يوم وجود سبب الطلاق، مع مراعاة أن للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها سقوط الدعوى .

(٣) أنظر المادة ٥٩ و ٦٤ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس .

تبيح التطليق . وهو من الأسباب المستقر عليها عندهم[١] ، إذ يرون أن من خرج عن ديانته إلى ديانه أخرى يقطع من عداد المؤمنين ، ويعتبر فى حكم الميت[٢] ،

وقد نص على هذا السبب لدى الأقباط الأرثوذكس سواء فى المجموعات القديمة أم فى المجموعات الحديثة . من ذلك ما جاءت به المادة ٢٥ من الخلاصة القانونية حيث نصت على أنه : « إذا خرج أحد الزوجين عن الديانة النصرانية بالكلية وأشهر أمره علناً وترجح قطع الرجاء من ارتداده للدين المسيحى ، وتشكى من ذلك الزوج الآخر ورغب التصريح له من الرئيس الشرعى بالتزوج بآخر مؤمن ، فان كان الزوج المفارق المذهب خرج عن إيمانه قريبا وجب على الرئيس إمهال الزوج الآخر مدة يمكنه احتمالها . أعنى مدة لا يلحقه ضرر من مكوثها بدون زيجة لا فى ذاته ولا فى أحواله ، ومتى عبرت ولم يرتجع المفارق وتأكد اليأس من توبته يمكن الزوج الآخر شرعا من التزوج بمن يريد ، سيما إذا كان المفارق النصرانية تزوج زيجة خارجة عن المذهب » .

وجاءت المجموعات الحديثة مقررة هذا السبب كذلك بين أسباب انحلال الرابطة الزوجية إلا أن صياغة النصوص تختلف فى مجموعة ١٩٣٨ عنها فى مجموعة

---

(١) أنظر المادة ٤٩ و ٥١ من مجموعتى ١٩٠٥ و ١٩٣٨ أقباط . وانظر كذلك المواد من ٦٧ إلى ٧٠ من مجموعة السريان وذلك بالنسبة للمروق عن الديانة وما يلحق به ، والمادة ٤٢ أرمن ، والمادة ١٤ روم ، والمادة ١٨ بروتستانت .

(٢) أنظر المادة ٦٧ من مجموعة السريان وتنص على أن فسخ الزواج بسبب المروق عن الدين مبنى على أن المنفصل مات حكما أو تقديراً . وقد صرح باجازته الرسول بولس بقوله « إن فارق غير المؤمن فليفارق . ليس الأخ أو الأخت مستعبداً فى مثل هذه الأحوال (١ كو ٧–١٥) .

١٩٥٥ ، إذ تقرر هذه الأخيرة أنه « ينفسخ الزواج إذا خرج أحد الزوجين عن الدين المسيحى » . وهذه الصيغة تحمل على القول بأن الزواج ينفسخ بقوة القانون إذا ما خرج أحد الزوجين عن الدين المسيحى . ولكن مع ذلك ينبغى أن تفسر هذه الصيغة على نحو ما جاءت به الخلاصة القانونية ، إذ أنه رغم ما قد يفهم من نصها السابق فى المسألة ٢٥ أن الرواج ينحل بخروج أحد الزوجين عن المسيحية ، إلا أنه لا ينحل بقوة القانون ، بل لابد أن يتم على يد القاضى . وهذا ما تقرره الخلاصة فى صدر المسألة ٢٥ نفسها حيث تقضى بأنه « لا يعتبر الفسخ شرعيا حكميا ما لم ينظر السبب الموجب لدى الحاكم الشرعى المتصرف فى ذلك ويوقع الحكم رسميا بالفسخ بناء على ما يثبت من التحقيق . . . » . أما عن مجموعة ١٩٣٨ فقد نصت على أنه « إذا خرج أحد الزوجين عن الدين المسيحى وانقطع الأمل من رجوعه إليه ، جاز الطلاق بناء على طلب الزوج الآخر » .

ويتبين من هذا النص الأخير أن طلب التطليق جائز فى هذه الحالة متى طلبه الزوج الذى بقى على دينه المسيحى . فلابد للحكم بالتطليق من أن يطلب ذلك إلى القضاء ، وهو أمر جوازى لمن بقى فى المسيحية إن شاء طلبه وإن شاء رضى بالبقاء على مع زوجه الذى خرج عن دينه، إذا لم يجد فى بقائه معه خطورة على معتقداته الدينية وعلى تربية أولاده تربية مسيحية[1] .

---

(١) وقد بينت القواعد الخاصة بالطوائف الأخرى أن طلب التطليق يكون لمن بقى على دينه . أنظر المادة ٦٩ **سريان وهى** مطابقة لما جاء فى المسألة ٢٥ من الخلاصة القانونية . وتفرق المادة ٦٨ من مجموعتهم بين الخروج عن الديانة المسيحية وتقرر أن الزواج ينفسخ فى هذه الحالة ، وبين الخروج عن المذهب فقط ولا يفسخ الزواج فى هذه الحالة بل يوعظ الشخص ويبكت . وقد نصت المادة ٤٢ من القواعد الخاصة **بالارمن** على أنه « يجوز لأحد الزوجين =

وإذا كانت القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية تتكلم عن الخروج عن الديانة فانها ، لم تتعرض لحالة الخروج عن المذهب أو الطائفة . ويبدو أن مثل هذا الخروج لا يعد سببا للتطليق [١] .

هذا هو الحكم الذى أوردته القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية فى صدد الخروج عن الديانة كسبب للتطليق . إلا أن ما جاء فى هذا الصدد تعطله قواعد القانون الوضعى . فقدسبق أن رأينا أن انطباق الشريعة المسيحية محكوم بشروط معينة ينبغى توافرها ، ومن بين هذه الشروط شرط اتحاد الأفراد فى الطائفة والملة . فلكى تنطبق أحكام الشريعة المسيحية ينبغى أن يتحد الأفراد فى الطائفة والملة . وخروج أحد الزوجين عن ديانته أو حتى عن مذهبه أو طائفته قانونا كما بينا من قبل ، يؤدى إلى عدم تحقق هذا الشرط ، فلا تنطبق الشريعة الملية ، وإنما تنطبق الشريعة العامة وهى الشريعة الإسلامية [٢] . وتفرق الشريعة الاسلامية بين التعبير إلى الاسلام وإلى غير الاسلام . فاذا كان التغيير إلى الإسلام

= أن يطلب الطلاق إذا ارتد الزوج الآخر عن دينه » والمادة ١٤ من القواعد الخاصة **بالروم** على أنه « لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق فى حالة ارتداد الآخر عن الديانة المسيحية » . وتقرر المادة ١٨ من القواعد الخاصة **بالبروتستانت** أنه : لا يجوز الطلاق إلا بحكم من المجلس العمومى وفى الحالتين الآتيتين : . . . (ثانياً) إذا اعتنق أحد الزوجين ديانة أخرى غير الديانة المسيحية وطلب الزوج الآخر الطلاق » وتضيف المادة ١٩ أنه فى هذه الحالة « لا يحكم بالطلاق إلا لصالح الزوج الذى بقى على دينه المسيحى » .

(١) أنظر ما أوردناه فى الهامش السابق بالنسبة للمادة ٦٨ من مجموعة السريان .

(٢) والشريعة الاسلامية تصبح واجبة التطبيق متى سلمنا فى هذا الصدد بأن التغيير ينتج أثره سواء تم التغيير إلى الاسلام أو إلى غير الاسلام (أنظر جميل الشرقاوى ، فى مؤلفه الخاص بالوطنيين ص ٣٥٢ هامش ١ وأحمد سلامة ، مذكراته السابقة ص ٦٣ ــ ٦٤ ، ومؤلفه السابق ط ٢ رقم ٣٥٦ ص ٧٧٤ وما بعدها. وانظر كذلك حكم استئناف الاسكندرية فى ١٩٥٧/١٢/١٦ رقم ٣٥ س ١٥ ق ، صالح حنفى ٢ ص ٤٦٧ رقم ٦١٢-٢ .

من جانب الزوج ، وظلت زوجته على دينها ، لا يفرق بينهما ، إذ للمسلم أن يتزوج بكتابية[1] .

وإذا كان التغيير إلى الاسلام من جانب الزوجة فان الشريعة الاسلامية تقضى بالتفريق بينهما بعد أن يعرض الاسلام على الزوج ويمتنع عن الدخول فيه[2] .

أما إذا غير أحد الزوجين ديانته إلى اليهودية ، أو غيرمذهبه أوطائفته ، فان زواجه يظل صحيحا فى نظر الشريعة الاسلامية ، لأن غير المسلمين يعتبرون ملة واحدة والاسلام يقر الزواج بين مختلفى الديانة أو المذهب ، طالما كان الطرفان يدينان بكتاب سماوى .

ثانيا . الأسباب الخاصة بالأرثوذكس

١٥٩ ـ السبب الأول : الغيبة : لم يتعرض لهذا السبب من أسباب التطليق سوى الطوائف الأرثوذكسية .[3] ومن استعراضنا للقواعد الواردة فى هذا

---

(١) وإن كان البعض يقيد من الآثار المترتبة على التغيير فى هذه الحالة بفكرة الحقوق المكتسبة للزوجة ، كما يبيح للزوجة فى هذه الحالة أن تطلب التطليق للضرر استناداً إلى المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، والضرر فى هـذه الحالة ينتج من معاشرتها لشخص يخالفها فى الدين ـ أنظر ما سبق لنا بيانه فى هذا الصدد فقرة رقم ٥٩ من هـذا المؤلف . وكذلك حـكم محكمة النقض فى ٢٢ مايو ١٩٥٤ (مجموعة المـكتب الفنى س ٥ عدد ٣ ص ٦٨٧ وما بعدها وخاصة ٦٩٩) .

(٢) أنظر محمد أبو زهره ، السابق ص ٢٦٤-٢٦٥ .

(٣) ولم تتعرض القواعد الخاصة بالانجيليين لهذا السبب ، ومعنى ذلك أن الغيبة لا تعد سبباً للتطليق عندهم ، اللهم إلا إذا حكم بفقد الغائب واعتبر بذلك ميتاً حكما . وهـذا ما يطبق أيضاً بالنسبة للكاثوليك بصفة عامة (أنظر ماسبق ص ٢٧٥ هامش ٢ من هذا الـكتاب) . وانحلال الزواج فى هـذه الحالة يكون بسبب الموت الحـكمى الذى يأخذ حـكم الموت الحقيقى وتسرى قواعده على جميع الطوائف .

الصدد يتبين لنا أنها تفرق بين حالتين : حالة الغائب الذى انقطعت أخباره ، بحيث لا تعلم حياته من وفاته ، وحالة الغائب الذى تتأكد حياته .

١ ـ حالة الغيبة المنقطعة : ـ تنظم المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس الغيبة المنقطعة ، فتقرر أنه « إذا غاب أحد الزوجين خمس سنوات متوالية بحيث لايعلم مقره ، ولا تعلم حياته من وفاته ، وصدرحكم بإثبات غيبته ، جازللزوج الآخر أن يطلب الطلاق » .[1] والنص ـ كما هو واضح ـ يتكلم عن حالة الغائب غيبة منقطعة ، وهو الذى تنقطع أخباره ، ولا تعلم حياته من وفاته ، ويستلزم أن يصدر حكم باثباتها متى استمرت خمس سنوات متوالية ؛ وأن يطلب الطرف الآخر التطليق استناداً إلى هذا السبب[2] .

---

(١) المادة ٥٠ و ٥٢ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ .

وتنص المادة ١٠ من القواعد الخاصة **بالروم الأرثوذكس** على أن لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق عند اختفاء الآخر مدة ثلاث سنوات » كما تتطلب ٤٧ من مجموعة **الارمن** للتطليق فى حالة الغيبة المنقطعة مرور مدة لاتقل عن ثلاث سنوات ، وأن تكون بلا مبرر .
وتنص المادة ٩٣ من مجموعة **السريان** على أنه « إذا غاب أحد الزوجين عن وطنه بالأسر أو بغيره بحيث لا يعلم مقره ولا حياته من عدمها ، واستمر أمره هكذا مجهولا من خمس سنوات إلى سبع سنوات ، ولم يحتمل قرينه الانتظار أكثر من ذلك ويرغب بعد مضى هذه المدة فى التصريح له بالزواج ، يجاب إلى ذلك بشرط أن يتحقق لدى الرئيس الشرعى غياب الزوج الآخر سبع سنين أو أقله خمس سنين ، ولم يظهر له خبر كل هذه المدة ولم يبق لقرينه طاقة على الاحتمال أو رغبة فى الانتظار أكثر » .

(٢) ولهذا النص أصله فى المجموعات القديمة للأقباط . فقد جاء فى قوانين ابن لقلق (ملحق ابن العسال ص ٢٤) أنه : إذا أسر أحد المتزوجين وغاب سبع سنين ، ولم يعلم هل هو حى أم لا ، فلزوجه أن يتزوج بغيره ... » . وأورد ابن العسال (ص ٢١٣) أن الزيجة تنفسخ فى حالة « انقطاع خبر أحدهما سنين كثيرة بسبب أسر أو غيره » » . وجاء به كذلك (ص ٢١٦) : « ونأمر بفسخ تزويج من هو فى الأسر لا جزافاً ، لكن ما دام ظاهراً أن الرجل والمرأة باقيان ، فنحن نترك الخلطة على جملتها ولا تصير إلى تزويج ثان لاالنساء ولا=

والواقع أن الكلام عن الغيبة المنقطعة فى هذه الحالة ، يثير مسألة اعتبار الغائب مفقوداً . ولذلك تطبق بالنسبة له أحكام المفقود التى نظمها القانون الوضعى على نحو ما بينا من قبل . وهى بذلك أحكام عامة تسرى على جميع المواطنين مسلمين وغير مسلمين[1] . ولهذا يتعين فى صدد الغيبة المنقطعة أن نفرق بين فرضين : الأول حالة ما إذا حكم باعتبار الغائب غيبة منقطعة مفقوداً وذلك طبقاً للمادة ٢١ فقرة أولى من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بعد تعديلها بالقانون ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ ، حيث يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده ، أو يصدر قرار من وزير الحربية باعتباره مفقوداً إذا كان من العسكريين . وفى هذه الحالة تنتهى الشخصية بالموت الحكمى

═ الرجال ، فان تهجموا عوقبوا ... وإن كان خفياً هل الشخص الذى فى يد العدو فى الحياة أم لا ، فحينئذ سبيل الرجل والمرأة الصبر خمس سنين ، وبعد ذلك هل ظهر أمر الوفاة أو استتر فالتزويج جائز بغير تبعة » . ثم يتكلم ابن العسال بعد ذلك عن امرأة الجندى ويوجب عليها تستوثق من وفاته وأن تحصل على شهادة بذلك من أولى الأمر ، ثم تصبر سنة بعد ذلك ويكون لها أن تتزوج . فاذا ما تزوجت دون مراعاة لهذه الاجراءات كان زواجها غير شرعى (أنظر س ٢١٦-٢١٧) . وتقضى المسألة ٢٥ (تاسعاً) من الخلاصة القانونية بأنه « إذا غاب أحد الزوجين عن وطنه بالأسر أو بغيره ، بحيث لا يعلم مقره ولا تعلم حياته من عدمها ، واستمر أمره هكذا مجهولا من خمس سنوات إلى سبع سنوات ، ولم يحتمل قرينه الانتظار أكثر من ذلك ، ويرغب بعد مضى هذه المدة التصريح له بالزواج ، يجاب إلى ذلك ، بشرط أن يتحقق لدى الرئيس الشرعى غياب الزوج الآخر سبع سنين أو أقله خمس ، ولم يظهر له خبر كل هذه المدة ، ولم يكن لقرينه احتمال أو رغبة فى الانتظار أكثر ... » .

(١) أنظر فيما سبق فقرة ١٤٩ ، وانظر فى شأن أحكام المفقود ، مؤلفنا فى نظرية الحق المرجع المشار إليه سابقا ص ١٤٢ وما بعدها .

والواقع أنه إذا كان الشك يثار حول تطبيق القواعد الخاصة بالمفقود التى نظمها القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى المادتين ٢١ ، ٢٢ (أنظر محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٣-١-١٩٥٧ رقم ١٣٤٣ س ٥٦ ورسالة إيهاب اسماعيل ص ٧٧ والهامش) ، فان نية المشروع فى توحيد هذه القواعد وتعميها تبدو واضحة فى القانون ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ .

ولا تثارهنا فكرة طلب التطليق ، وإنما يترتب على انتهاء الشخصية حل الرابطة الزوجية بقوة القانون . ولا تثور أية مشكلة فى هذا الصدد تتعلق بتطبيق القواعد الموضوعية للطوائف غير الاسلامية بالنسبة لانحلال الرابطة الزوجية ، لأن الأمر يتعلق بانتهاء الشخصية بافتراض الوفاة ، بعد مرور أربع سنوات إذا كانت الغيبة فى ظروف يغلب فيها الهلاك[1].

أما الفرض الثانى ، فهو حالة الغائب غيبة منقطعة ولكن لا يحكم بفقده بعد أربع سنوات ، ويكون ذلك فى حالة ما إذا غاب فى ظروف لا يغلب عليه فيها الهلاك طبقاً لما جاءت به المادة ٢١ فقرة ٢ من القانون ٢٥ سالف الذكر ، كمن سافر إلى بلد آخر طلبا للعلم أو للسياحة وانقطعت أخباره ولم تعلم حياته من مماته ، حيث يفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى . فى هذه الحالة قد لا يرى القاضى الحكم باعتباره مفقوداً أو لا يرى ذلك إلا بعد مدة طويلة ، وهنا يمكن إعمال القواعد الخاصة بغير المسلمين فى شأن الغيبة المنقطعة باعتبار أن الأمر يتعلق بمسألة تعد من صميم مسائل الأحوال الشخصية ، وهى مسألة التطليق استناداً إلى هذا السبب . ومن استعراضنا لحكم هذه الحالة لدى الأقباط الأرثوذكس نجد أن المجموعات القديمة والحديثة متفقة على التطليق بسبب الغيبة المنقطعة ، وإن اختلف فقه هذه الطائفة ــ على ما يبدو ــ فى تبرير الأساس الذى بمقتضاه تنحل الرابطة الزوجية . فالذى يبدو مما جاء فى الخلاصة القانونية أن أساس التطليق هو تضرر الزوج الحاضر وعدم إمكانه الانتظار

---

(١) وهذا لا يمنع كل ذى شأن - كالزوجة ... ـ من أن يدعى موت المفقود ، حتى ولو لم تنقض مدة الأربع سنوات . فان ثبتت الدعوى بأية طريقة من طرق الاثبات انتهت شخصية المفقود بموته حقيقة لا حكما (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، جزء أول ص ٣٢٨) .

أكثر من المدة المنصوص عليها وليس لديه احتمال أو رغبة فى الانتظار[1] . أما شارح الخلاصة القانونية فيعتبر أن الغيبة الطويلة وانقطاع الأخبار فى حكم الوفاة التى تجيز حل الرابطة الزوجية[2] .

وأيا كان الأساس الذى يقوم عليه انحلال الرابطة الزوجية فى هذه الحالة ، فان الاجماع ينعقد عليه . ولكن الفقهاء يختلفون فى تفصيل الشروط التى تنحل الرابطة على أساسها . إلا أنه مهما يكن من أمر الخلاف . فانه يلزم أن تكون الغيبة منقطعة ، لاتعلم فيها حياة الشخص من وفاته . كما يلزم أن تستمر هذه الغيبة مدة معينة اختلفت المجموعات فى تحديدها ، وتحددها المجموعات الحديثة للأقباط بخمس سنين متوالية[3] . وأخيراً يلزم أن يصدر حكم باثبات الغيبة كما تقرر المجموعات الحديثة . فماذا يقصد بمثل هذا الحكم ؟ لا شك أنه يختلف عن الحكم باعتبار الغائب مفقوداً ، لأن هذا الأخير يعنى اعتبار الغائب ميتا حكما ، وتبعا لذلك تنقضى الرابطة الزوجية بقوة القانون دون استلزام صدور حكم بالتطليق ، أو دون اتخاذ إجراءات لطلب التطليق . أما الحكم باثبات الغيبة فانه ينصرف

---

(١) أنظر المسألة ٢٥ تاسعاً من الخلاصة القانونية ، وكذلك القسم الأخير من المسألة ٢٦ والمادة ٩٣ سريان السالف ذكرها .

(٢) أنظر شرح الخلاصة القانونية لجرجس فيلتاؤس عوض ، ص ٦٩ هامش ١ حيث جاء « إن الكتاب المقدس يقول صراحة إن المرأة مرتبطة بالرجل ما دام حيا . فان ثبت موته ولو حكما ترخص للباقى بالزيجة . أما إذا ثبت بقاء الغائب على قيد الحياة انتظر الآخر حتى يعود اتباعاً لأمر الكتاب » . وهذا ما يبدو كذلك مما أورده ابن العسال ص ٢١٦ .

(٣) وهذه المدة سبع سنين فى قوانين ابن لقلق ، ويحددها ابن العسال بخمس سنين ، وتحددها الخلاصة القانونية من خمس سنوات إلى سبع .

أما القواعد الخاصة بالطوائف الأرثوذكسية الأخرى فانها تحدد مدداً مختلفة . وتتفق الأحكام الخاصة بالسريان مع ما أوردته الخلاصة القانونية فى هذا الصدد (أنظر المادة ٩٣) أما الأرمن والروم فانهم يحددون المدة بثلاث سنوات .

إلى حالة أخرى غير حالة الفقد ، على ما نرى[1] . فهو إجراء مستقل يتخذ قبل الالتجاء إلى طلب التطليق . وإذا ما صدر حكم باثبات الغيبة بناء عل التحقق من توافر شروطها فى هذه الحالة ، كان للزوج الآخر أن يطلب التطليق استناداً إليه ، وهذا ما يجعلنا نقرر هنا أن القاضى الذى ينظر فى دعوى التطليق يلتزم بحكم إثبات الغيبة ويجيب طالب التطليق إلى طلبه استناداً إليه[2] . وحكم إثبات الغيبة يقرر فى هذه الحالة أن الشخص قد اختفى تماما وأن من المستحيل معرفة ما تم فى شأنه ، وإن كان لا يمكن القطع بوفاته .

هذا عن حالة الغيبة المنقطعة ومدى تطبيق القواعد الخاصة التطليق بالنسبة لها .

٢ ــ الغيبة التى تتأكد فيها حياة الغائب : فى هذه الحالة يختلف الأمر . ذلك أنه إذا كانت المجموعات الحديثة والقديمة لدى الأقباط تدخل الغيبة المنقطعة فى الاعتبار ، كما بينا ، فان اعتبار الغيبة التى تعلم فيها حياة الشخص سبباً للتطليق يعد من الأمور غير المجمع عليها ، إذ أن المجموعات الحديثة لا تتكلم عنها ، كما أن من بين فقهاء الطائفة من يرى أنه لا يمكن حل الرابطة الزوجية بسببها . ويقول ابن العسال فى هذا الصدد « ... لكنه مادام ظاهراً أن الرجل والمرأة باقيان ، فنحن نترك الخلطة على جملتها ، ولا نصير إلى تزويج

---

(١) أنظر مع ذلك جميل الشرقاوى فى مؤلفه الخاص بالوطنيين (٥٩/١٩٦٠) ، السابق ص ٣٥٤ و ٣٥٥ .

(٢) أنظر أيضا فى هذا : إهاب اسماعيل رسالته ص ١٤٧ ـ ١٤٨ . ولا تتطلب الطوائف الأخرى كالأرمن والروم إصدار مثل هذا الحكم ، ولذلك فان القاضى الذى يعرض عليه أمر التطليق للغيبة هو الذى ينظر فى توافرها ، ويقيم حكمه على أساس ما يراه .

ثان لا النساء ولا الرجال ، فان تهجموا عوقبوا » . ويقول شارح الخلاصة القانونية فى شأن هذا النوع من الغيبة « إذا ثبت بقاء الغائب على قيد الحياة انتظر الآخر حتى يعود اتباعا لأمر الكتاب » . هذا هو الاتجاه الأول فى الفقه والمجموعات الحديثة . أما الاتجاه الثانى فانه يرى إمكان إنهاء الرابطة الزوجية حتى فى هذه الحالة ، متى توافرت ظروف معينة . فقد جاء فى المسألة ٢٥ (تاسعاً) من الخلاصة القانونية « أما إذا كانت حياة الغائب أو الأسير محققة غير مشكوك فيها ومقره معلوما ، فلا يفسخ الزواج ، اللهم إلا إن طالت المدة ، أعنى تجاوزت السبع سنوات ، أو ثبت أن الغائب قد تزوج ، أو كان الغائب هو الرجل ولم يبعث لأمرأته النفقة وتشكى الفريق الآخر من ذلك . فللرئيس الروحى تدبير أمره من جهة الزواج بحسبما تستدعيه حالته مما لا يضاد الشرع[1] » .

هذا هو موقف فقه طائفة الأقباط من الموضوع ، فما هو الحل الذى يمكن

---

(١) ويقرب من هذا ما أورده ابن لقلق ، إذ يقرر أنه « ... ومادام يعلم بقاء أحدهما المستأسر فلا يفسخ ، إلا إذا طالت المدة وثبت أن الغائب قد تزوج أو أن الرجل لم يسير نفقة للمرأة ، فللرئيس تدبير الأمر » .

وقد نصت مجموعة السريان الأرثوذكس فى المادة ٩٤ منها على هذا المعنى فى عبارة هى نفس ما جاءت به الخلاصة القانونية فتنص على أنه : « أما إذا كانت حياة الغائب أو الأسير محققة غير مشكوك فيها ، ومقره معلوما فلا يفسخ الزواج اللهم إلا إن طالت المدة ، أعنى تجاوزت سبع سنوات ، أو ثبت أن الغائب قد تزوج أو إن كان الغائب هو الرجل ولم يبعث لامرأته بنفقة كل هذه المدة وتشكى الفريق الآخر من ذلك فللرئيس الروحى تدبير أمره من جهة الزواج حسبما تستدعيه حالته مما لا يضاد الشرع » وهذا الحكم يمكن إعماله كذلك بالنسبة لكل من طائفتى الروم والأرمن نظراً العموم النصوص الخاصة بها فى هذا الشأن (أحمد سلامة ، المذكرات السابقة ص ٦٩) . ومع ذلك فقد أضافت المادة ٩٦ من مجموعة السريان أن البعض رأى خلاف ذلك « أى أن المرأة مرتبطة بالرجل ما دام حيا حسب تصريح الكتاب . فان ثبت موته ولو حكما رخص للباقى بالزيجة ، أما إذا ثبت بقاء الغائب على قيد الحياة انتظر الآخر حتى يعود اتباعا لأمر الكتاب رو ٧ : ٢ واكو ٧ : ٣٩ » .

الأخذ به فى هذا الصدد ؟ هل يمكن التطليق استناداً إلى الغيبة رغم تحقق حياة الغائب ، وأياً كان سبب الغيبه ؟

تعتبر مسألة التطليق للغيبة من مسائل الأحوال الشخصية التى تطبق فى شأنها القواعد الخاصة بالشرائع الدينية المختلفة ؛ وقد تولت القواعد الموضوعية الواجبة التطليق بالنسبة للمسلمين حل هـذا الموضوع فأباحت التطليق للغيبـة بتوافر شروط معينة [1] . فما هو الحل الذى ينبغى الأخذ به بالنسبة لغير المسلمين ؟

مما لاجدال فيه أن الحاضر من الزوجين يتضرر من غيبة الآخر بسبب بعده عنه ، كما هو الشأن فى حالة الغيبة المنقطعة على النحو الذى بيناه فى الحالة الأولى ، إلا أن تضررة فى الفرض الحالى أخف وطأة من حالة الغيبة المنقطعة ، لأن الأمل فى العودة هنا أكبر ، مما يخفف وقع الأمر على الزوج الحاضر . وهذا من شأنه أن يطيل صبره فى الانتظار أكثر ، مما يجعل من المقبول إطالة المدة التى يطلب التطليق بعدها . وهذا ما أقرة الفقهاء على النحو السابق . لأنهم اذا كانوا يرون إمكان طلب إنهاء الرابطة الزوجية بعد خمس سنوات فى حالة الغيبة المنقطعة ، فانهم استلزموا أن تمر سبع سنوات فأكثر فى الحالة الثانية . ولهذا ينبغى لكى يمكن التطليق فى هذه الحالة أن تتجاوز الغيبة سبع سنوات .

ومع ذلك فلا يكفى أن تمر هـذه المدة ، بل يلزم أن تؤدى الغيبة إلى

---

(١) إذ تنص المادة ١٢ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه « إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلاعذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه » . وواضح أن التطليق فى هذه الحالة يقوم على اساس تضرر الزوجة من بعد زوجها متى غاب سنة فأكثر ولم يكن لغيبته عذر مقبول . والغيبة المقصودة فى هذه الحالة هى الغيبة التى تعلم فيها حياة الشخص ، ولو لم يمكن معرفة مقره .

الإضرار بالزوج الحاضر ، كما يلزم أن تكون دون عذر مقبول . فقد يتغيب الشخص ويبدى عذراً مقبولا ، فاذا لم يبد عذراً على الاطلاق ، ولم يستجب لنداء زوجه أو يرد على الرسائل أو لا يقبل سفره للعيش معه ، الوقت الذى يمكنه فيه ذلك ، أجيب الزوج الآخر الى طلب التطليق .

١٦٠ - السبب الثانى . الحكم بعقوبة مقيدة للحرية :

ارتباط هذا السبب بالغيبة تأخذ الطوائف الأرثوذكسية بهذا السبب من أسباب التطليق ، وإن اختلفت فيما بينها من حيث التفصيلات المتعلقة بشروط تطبيقه .

وقد ربطت الخلاصة القانونية بين أحكام الغيبة وبين حالة الحكم على أحد الزوجين بعقوبة جنائية ، فأعطت للمحكوم عليه حكم « الغائب المجهول أمره أو المعلوم مدة من خمس سنوات الى سبع »[1] .

والواقع أن الربط بين الغيبة والحكم على أحد الزوجين بعقوبة مقيدة للحرية يكشف عن تشابه الأساس الذى يقوم عليه كل من السببين[2] ، وهو

---

(١) إذ بعد أن عرضت لأحكام الغيبة أضافت أنه « ... وكذلك إذ حكم على أحدهما بحكم جنائى أوجب إبعاده عن وطنه أو إقليمه ، فان كانت مدة الحكم لا تزيد على سبع سنوات فالزواج باق وانتظرت عودته وإن كانت تزيد عن ذلك زيادة لا يتحملها قرينه أو كان الحكم توقع مدة عمره إلى حيث لا ترجى عودته ، فالخيار لقرينه إن شاء الزواج بآخر يصرح له بذلك بعد ثبوت الموجب . والنتيجة أن يعتبر فى حالة الغائب المجهول أمره أو المعلوم مدة من خمس سنوات إلى سبع ، ومتى عبرت ولم يطق قرينه الاحتمال ورغب الاتصال فللرئيس الروحى إجابته ... » (المسألة ٢٥ من الخلاصة ، السبب التاسع) .

(٢) ويبدو هذا الربط كذلك بالنسبة لأحكام الشريعة الاسلامية . فقد تكلم القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ عن التطليق لغيبة الزوج أو لحبسه فى المواد من ١٢ إلى ١٤ . ويبدو أن =

تضرر الزوج الآخر من غيبة زوجه وبعده عنه ، ولذلك يكون له أن يطلب التطليق دفعاً لهذا الضرر . وإذا كان التطليق يستند إلى الضرر فى كلتا الحالتين ، إلا أن هناك فارقا بينهما . ذلك أنه إذا كان من اللازم أن ينتظر زوج الغائب مدة يتحقق فيها تضرره من الغيبة على النحو السابق بيانه ، فان مثل هذا الانتظار لا يلزم فى حالة الحكم بعقوبة مقيدة للحرية . ولعل السر فى ذلك يرجع إلى أن مجرد الحكم يكفى للقول بتأكد وقوع الضرر بالزوج الآخر الذى يتعين عليه الانتظار طيلة المدة التى حكم بها على زوجه ، ولهذا يكون له أن يطالب التطليق منذ صدور حكم .

ومتى تحقق القاضى من صدوره ومن أن العقوبة تتجاوز سبع سنوات كان عليه أن يجيب طالب التطليق إلى طلبه[1] .

= واضعى القانون يقيسون حالة المحبوس على الغائب ، لأنه غياب فعلا ، وقد اشترط مضى مدة تتضرر فيها الزوجة كالغياب ، وبعد مضى هذه المدة يكون لزوج الغائب والمحبوس الحق فى طلب التطليق للضرر . ويقيس فقهاء الشريعة الاسلامية حال زوج الأسير والمحبوس ونحوهما، ممن يتعذر انتفاع امرأته به ، على زوج المفقود (انظر فى هذا: أبو زهرة ، الأحوال الشخصية السابق ص ٣٦٧ فقرة ٣٠٧) .

(١) على أنه إذا كان أساس التطليق فى هذه الحالة وسابقتها هو الضرر الذى يحيق بالزوج الحاضر من جراء بعد زوجه عنه مدة لا يحتملها ، مما يجعل التطليق قائما على فكرة العلاج ، باعتباره وسيلة لتخليص أحد الزوجين من زوجية لا تحقق أغراضها ، فان موقف الطرف الآخر ينبغى مع ذلك أن يدخل فى الاعتبار على أساس خطئه فى حق الطرف الآخر، سواء عن طريق غيبته مدة طويلة إذا كانت الغيبة بدون عذر ، أو عن طريق ارتكابه جريمة أدت إلى الحكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية ، وهذا ما يبرز فكرة الخطأ فى جانب الزوج الغائب، إذا لم يكن لغيبته عذر ، وفى جانب المحكوم عليه ، ويؤدى تبعاً لذلك إلى القول بجعل التطليق هنا كجزاء على إخلال الزوج بواجباته نحو زوجه .

ومع ذلك فان فكرة الضرر فى هذا الصدد تعد أبرز من فكرة الجزاء ، لأنه يقصد بالتطليق تلافى الاضرار بالزوج الحاضر ، والعمل على صيانته من التردى فى حمأة الرذيلة .

النص على هذا السبب فى المجموعات المسيحية وشروطه: وأيا كان الأساس الذى يمكن أن يستند إليه لتبرير التطليق فى هذه الحالة ، فان المجموعات الفقهية للأقباط الأرثوذكس لا تتخذ موقفا واحداً فى هذا الصدد . ذلك أن البعض لا يرى انحلال الزواج استناداً إلى هذا السبب ، ويبدو أنهم يطبقون هنا حكم الغائب المعلوم المقر ، إذ أنهم لا يرون انحلال الرابطة الزوجية فى حالة الغائب المعلومة حياته ، والمحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية ليس إلا غائبا معلوم الحياة[1] .

وعلى خلاف الاتجاه السابق نجد أن المجموعات الحديثة تأخذ بهذا السبب من أسباب التطليق، وذلك أخذاً عما جاءت به الخلاصة القانونية، وتأثراً بما تأخذ به القوانين الغربية ، وخاصة القانون الفرنسى . فتنص المادة ٥١ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس[2] على أن الحكم على أحد الزوجين بعقوبة الأشغال الشاقة أو السجن أو الحبس لمدة سبع سنوات فأكثر ، يسوغ للزوج الآخر طلب الطلاق » . وعلى ضوء هذا النص نعرض للشروط اللازمة للحكم بالتطليق استناداً إلى هذا السبب . وتتلخص هذه الشروط فى أنه ينبغى أن يحكم على أحد الزوجين بعقوبة مقيدة للحرية ، لمدة سبع سنوات فأكثر . أى لا بد من صدور حكم ، على أحد الزوجين ، ولمدة معينة .

(١) فيلزم أن يصدر على أحد الزوجين حكم جنائى بعقوبة مقيدة للحرية. والعقوبات المقيدة للحرية هى الأشغال الشاقة والسجن والحبس . والحكمة من

---

(١) ومن أنصار هذا الاتجاه ابن لقلق ، وابن العسال ، وابن كبر فى مؤلفه مصباح الظلمة وإيضاح الخدمة .

(٢) ويقابلها المادة ٥٣ من مجموعة ١٩٣٨ .

ذلك أن هذه العقوبات هي التي يترتب عليها التباعد بين الزوجين مما يؤدي إلى الإضرار بالزوج الآخر[1].

ويجب أن يكون الحكم نهائيا لا يقبل الطعن فيه بأى سبيل من سبل الطعن كما يجب أن يكون حضوريا إذا كان صادراً فى جناية ، لأن الحكم الغيابى فى الجنايات يعتبر حكما غير نهائى يبطل إذا حضر المحكوم عليه غيابيا أو إذا قبض عليه قبل سقوط العقوبة بمضى المدة ، ثم يعاد نظر الدعوى أمام المحكمة من جديد[2] .

(٢) ويلزم أن يصدر الحكم على أحد الزوجين : ويفهم من ذلك أنه إذا صدر الحكم على كلا الزوجين ، فلا يكون لأى منهما أن يطلب التطليق استناداً إلى هذا السبب ، إذ لا يستطيع أى منهما أن يحتج بوقوع الضرر به من جراء بعد قرينه عنه .

وإذا كان من اللازم أن يصدر الحكم على أحد الزوجين ، فانه يلزم أن يكون هناك عقد زواج صحيح . ومعنى هذا أنه يتعين أن يصدر الحكم على شخص يلحق به وصف الزوج ، ولا يكون ذلك إلا بعد العقد الصحيح وقيام

---

(١) ولهذا لا تتحقق هذه الحكمة فى حالة الحكم بعقوبة جنائية أخرى، أياً كان نوعها طالما أنها ليست مقيدة للحرية . ولا توجد فى الوقت الحاضر عقوبات يترتب عليها هذا الأثر سوى العقوبات سالفة الذكر التى ينص عليها قانون العقوبات .

(٢) أنظر المادة ٣٩٥ من قانون الاجراءات الجنائية .

ومع ذلك إذا لم يكن لزوج المحكوم عليه غيابيا فى هذه الحالة أن يطلب التطليق استناداً إلى هذا السبب ، فان له أن يطلبه استناداً إلى أحكام الغيبة إذا توافرت شروطها على نحو ما بينا فى البند السابق .

الزوجية . وهذا أمر لا جدال فيه . لكن هل يمكن الاستناد إلى هذا السبب إذا لم يصدر الحكم حال قيام الزوجية ، ولكنه صدر قبل ذلك .

يتجه البعض إلى القول بأن للزوج الآخر أن يستند إلى هذا السبب حتى ولو كان الحكم صادرا قبل إتمام الزواج ، ما دام أن تنفيذه لا يتم إلا بعد قيامه ؛ فالعبرة عندهم بوقت تنفيذ الحكم لا بوقت صدوره ، لأن الهدف من الطلاق هو رفع تضرر الزوج من غياب زوجه لمدة طويلة . وما دام تنفيذ الحكم لا يبدأ إلا بعد الزواج ، فإن علة الطلاق تتوافر وتجب إباحته[1] .

ولكننا لا نعتقد أن النص ينصرف إلى حالة صدور الحكم قبل الزواج . وإذا كان لا يشترط صراحة صدور الحكم حال قيام الزوجية ، إلا أنه لا شك في الاستدلال على ذلك من عبارة « الحكم على أحد الزوجين » مما يعني أن تكون الزوجية قائمة وأن يتوافر وصف الزوج بالنسبة لمن صدر عليه الحكم . خاصة وأن طالب التطليق في هذه الحالة : إما أن يكون على بينة من الأمر ، أي يعلم أنه سيتزوج من محكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية ، فلا يكون له أن يتضرر من أمر رضى به سلفا ، وتبعاً لذلك لا يصح له الاحتجاج بعدم استطاعته تحمل الحياة الزوجية ، إذا ما قبض على زوجه لتنفيذ العقوبة[2] ، وإما أن يكون جاهلا صدور الحكم قبل الزواج ، على زوجة ، بأن دلس عليه هذا الأخير وأخفى عنه ذلك . وفي هذه الحالة يمكن القول بوقوعه في غلط متعلق بصفة من

---

(١) جميل الشرقاوي ، المرجع السابق الخاص بالوطنيين غير المسلمين (٥٩/١٩٦٠) ص ٣٥٨ . وانظر كذلك إيهاب اسماعيل والأسانيد التي أوردها في هذا الصدد في رسالته .

(٢) أنظر كذلك Aubry et Rau. Droit civil français, 6e ed. par Paul Esmein, t. 7 P. 228 note 51

صفات الشخص وهى كونه محكوما عليه ، مما قد يؤدى إلى القول ببطلان الزواج استناداً إلى هذا السبب ، ومع ذلك فان الغلط هنا لا أثر لأنه ليس من بين حالات الغلط التى تدخل فى الاعتبار .

ومن هذا يتضح لنا أنه ينبغى أن يقتصر طلب التطليق ، استناداً الى الحكم بعقوبة مقيدة للحرية ، على الحالة التى يصدر فيها الحكم على أحد الزوجين حال قيام الزوجية . وهذا ما هو مسلم به فى فرنسا ، إذ يلزم عندهم أن يصد الحكم على أحد الزوجين أثناء الزواج pendant le mariage [1] ، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان الحكم قد صدر عقابا عن فعل وقع أثناء الحياة الزوجية أو قبلها ، فالعبرة بصدوره حال قيام الزوجية [2] . والواقع أن عبارة « الحكم على الزوجين » مأخوذة عن نص المادة ٢٣١ من القانون المدنى الفرنسى la condamnation de l'un des époux ولهذا ينبغى أن تفسر على ضوء ما هو مأخوذ به فى فرنسا ، وقصر طلب التطليق هنا على حالة صدور الحكم على أحد الزوجين أثناء قيام الزوجية . وإذا أريد الاستناد إلى الحكم

---

(١) أنظر Aubry et Rau ، السابق ص ٢٢٧ . بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق فقرة ١٠٩١ ص ٤٠١ . كولان كابيتان مع دى لاموراندير ، السابق ص ٦٨٤ فقرة ١١٣٩

(٢) ومع ذلك فان الحكم الصادر قبل الزواج إذا كان لا يستند إليه وحده كسبب للتطليق على هذا النحو ، إلا أن القضاء الفرنسى يقرر فى هذا الصدد أنه إذا أخفى المحكوم عليه مثل هذا الحكم عن الزوج الآخر ، أعتبر إساءة جسيمة injure grave ويكون للطرف الآخر أن يطلب التطليق استناداً إلى هذا السبب . انظر المراجع المشار إليها فى الهامش السابق ، فى المواضع نفسها .

ولا نعتقد أن من بين القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية عندنا ما يمكن الاستناد إليه للقول بالتطليق فى مثل هذه الحالة .

السابق على الزواج ، وخاصة عندما يخفيه الطرف الآخر ، فلابد من أن ينص على ذلك كما فعلت بعض الشرائع [١] .

(٣) ويلزم أخيرا أن يكون الحكم على النحو السابق لمدة سبع سنوات فأكثر ، بصرف النظر عن الجريمة التى يصدر فيها .

ولا يثير الأمر إشكالا بالنسبة لعقوبتى الأشغال الشاقة أو السجن فان من المتصور أن تزيد المدة بالنسبة لهما عن سبع سنوات . أما بالنسبة لعقوبة الحبس فلا تصل بحال من الأحوال إلى سبع سنوات حتى فى حالة تعدد الجرائم والعقوبات ، إذ تنص المادة ٣٦ عقوبات عن أن الحبس لا يزيد على ٦ سنوات فى حالة التعدد [٢] .

وعلى أية حال فاننا نعتقد أن من الأوفق فى هذا الصدد أن ينص على الحكم بعقوبة مقيدة للحرية لمدة معينة ، دون تفصيل فيما يتعلق بنوع العقوبة التى يحكم بها على الشخص ، إذ ما يعتد به فى هذا الصدد هو تضرر الزوج الآخر من بعد قرينه عنه مدة معينة، بصرف النظر عن نوع الجريمة التى يحكم من أجلها على الشخص أو نوع العقوبة التى يحكم بها عليه . وإذا ما نظرنا إلى هذا الأساس، وهو تضرر الزوج الحاضر على النحو السابق ، فانه يلزم أن يكون الحكم لمدة معينة، بحيث

---

(١) وقد أشار إيهاب اسماعيل (رسالته السابقة ص ١٥٤) إلى أن القانون البلغارى يبيح اعتبار الحكم بالعقوبة والسابق على الزواج سبباً للتطليق ، طالما ثبت أن الزوجة كانت تجهل هذا الأمر .

(٢) ويرى البعض (أحمد سلامة . مذكراته السابقة ص ٧٠) أن هناك فرضاً يتصور فيه أن تصل مدة الحبس إلى سبع سنوات ويكون ذلك فى حالة ما إذا حكم على الشخص بست سنوات عند تعدد الجرائم والعقوبات ، ثم يرتكب أثناء تنفيذ العقوبة جريمة أخرى ويحكم عليه من أجلها بسنة فأكثر .

يمكن القول بوقوع الضرر إذ ما انتظر طيلة هذه المدة . وهذا هو ما يبدو من النصوص وما يبدو مما جاءت به الخلاصة القانونية فى هذا الصدد ، كما قدمنا .

وقد طبقت المحاكم عندنا شرط المدة وأقرت ما تأخذ به طائفة الأقباط الأرثوذكس من إجازة طلب التطليق إذا ما حكم على الشخص سبع سنوات فأكثر [١] .

ولا تقف الشرائع الخاصة بالطوائف الأرثوذكسية موقف شريعة الأقباط بصفة عامة ، فى هذا الصدد [٢] .

هذا ويراعى أن حق الزوج الآخر فى طلب التطليق استناداً إلى هذا

---

(٢) استئناف القاهرة فى ١٩٥٨/١٠/١٥ رقم ٣٧ س ٧٥ ق ، خفاجى ورابح ص ١١٥ . وينتقد البعض شرط تحديد حد أدنى لمدة العقوبة (إهاب اسماعيل - كتابه السابق ص ١٩٨ ورسالته ص ١٥٢ هامش ٢) . كما أن من أحكام المجالس الملية ما أجاز التطليق إذا إذا سجن الزوج ست سنوات (مجلس ملى دمنهور فى ١٩٥٥/١/٢١ مشار إليه فى المرجع لصالح حنفى ، السابق ص ١٨٩) .

(١) وتتشدد القواعد الخاصة **بالروم** إذ تنص على أن « لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق إذا حكم على الآخر بالأشغال الشاقة المؤبدة » (مادة ١٣) . وتتجه القواعد الخاصة **بالارمن** إلى التخفيف فتنص على جواز طلب التطليق « إذا صدر حكم نهائى على أحد الزوجين بعقوبة مقيدة للحرية لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات ... » أما **السريان** فقد تأثروا بما جاء فى الخلاصة على نحو ما بينا من حيث المدة ، وتنص المادة ٩٥ من مجموعتهم على أنه « وكذلك إذا حكم على أحدهما بحكم جنائى أوجب إبعاده عن وطنه أو إقليمه . فان كانت مدة الحكم لا تزيد عن سبع سنوات فالزواج باق ، وانتظرت عودته . وإن كانت تزيد عن ذلك زيادة لا يحتملها قرينه أو كان الحكم بابعاده مدة عمره إلى حيث لا ترجى عودته ، فالخيار لقرينه إن شاء الزواج بآخر يصرح له بذلك بعد ثبوت الموجب » . ويلاحظ ما يقضى به هذا النص من أحكام خاصة ، إذ يلزم أن يوجب الحكم الجنائى إبعاد الزوج عن وطنه أو إقليمه ، فضلا عن أنه يلزم أن تزيد المدة على سبع سنين زيادة لا يحتملها قرينه ، أو كان الحكم بالابعاد نهائياً ، بحيث لا ترجى عودته .

السبب يتعلق بصدور الحكم . ومعنى ذلك أنه متى صدر الحكم على النحو السابق كان له أن يطلب التطليق، دون استلزام بقائه مدة معينة بعدصدوره[1] .

كما أنه يتعين على القاضى أن يجيب طالب التطليق إذا ما تحقق لديه صدور حكم تتوافر فيه الشروط سالفة الذكر ، على نحو ما بينا .

أثر العفو وسقوط العقوبة : وإذا كان للزوج المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية أن يطلب التطليق على النحو السابق . فما هو أثر العفو أو سقوط العقوبة على حقه فى هذا الصدد ، مع مراعاة أن العفو قد يكون عن الجريمة وقد يكون عن العقوبة .

أما بالنسبة للعفو عن **الجريمة** (amnistie) أو العفو الشامل فانه يمحو عن الفعل الصفة الجنائية . وإذا ما صدر بعد الحكم ، يمحو حكم الإدانة (مادة ٧٦ عقوبات) ، ويعتبر الجانى كأنه لم يرتكب جريمة ما ، ولا يعدسابقه فى العود . وطالما كان الأمر كذلك ، أمكن القول أن الزوج الآخر ـ إذا لم يكن قد طلب التطليق وأجيب إلى طلبه ـ لن يتضرر ، فينتفى الأساس الذى يستند إليه ولا تكون له مصلحة فى طلب التطليق[2] .

---

(١) انظر مع ذلك إهاب اسماعيل الرسالة السابقة ص ١٥٣ إذ يرى أن على الزوج الانتظار مدة معقولة لطلب التطليق . وإذا كان لهذا ما يبرره من الناحية الأدبية ، لأنه لا يصح للزوج الآخر أن يبادر سريعاً الى طلب انهاء الرابطة الزوجية بمجرد الحكم عليه ابقاء على ما كان بينهما من أواصر الود والمحبة ، الا أنه لا يوجد فى نصوص القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة ما يشير الى ذلك ، كما هو الأمر بالنسبة لأحكام الشريعة الاسلامية التى التى جاء بها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والتى استلزمت مرور سنة على حبسه (مادة ١٤) .

(٢) ويتفق هذا الحل مع الأساس الذى يقوم عليه التطليق فى هذه الحالة وهو تضرر الزوج الآخر . بل إن العفو الشامل يقوم عقبة فى سبيل طلب التطليق ، حتى ولو كان أساس التطليق =

وبالنسبة للعفو **عن العقوبة** grâce ، فانه يقتضى إسقاطها كلها أو بعضها أو إبدالها بعقوبة أخف منها مقررة قانونا (مادة ٧٤ عقوبات) . والأصل أنه لا يترتب عليه سوى عدم تنفيذها على المحكوم عليه ، ويبقى الفعل معتبراً جريمة فى نظر القانون ، كما يبقى الحكم بالإدانة قائماً من حيث العقوبات التبعية وآثاره الجنائية .

ويختلف الأمر بحسب ما يؤدى إليه العفو ، فقد يؤدى إلى إسقاط العقوبة كلها ، وفى هذه الحالة لا يكون للزوج الآخر أن يطلب التطليق لانتفاء الأساس الذى يستند إليه ، إذ ليس هناك مجال لتضرره .

وقد يؤدى العفو عن العقوبة إلى إسقاط بعضها ، أو إلى استبدال أخف منها بها ، وهنا يتعين أن نرى ما يؤدى إليه العفو فى هذه الحالة ، فاذا كان من شأنه أن ينقص مدة العقوبة إلى أقل من ٧ سنوات ، لا يكون للزوج الآخر

= هو خطأ المحكوم عليه ، أى باعتباره جزاء ، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الفرنسى . اذ من المتفق عليه فى فرنسا أن العفو الشامل يقوم عقبة فى سبيل طلب التطليق ، لأنه يمحو كل عار يلحقه الحكم الجنائى بالشخص (انظر فى هذا : Aubry et Rau ، السابق ص ٢٢٨ . بلانيول وريبير وبولانجى ، فقرة ٩١ . ١ ص ٤٠١ . كولان وكابيتان وجوليو دولا مورانديار ، السابق ، فقرة ١١٣٩ ص ٦٨٤) . ومع ذلك فانه إذا كان لا يمكن التطليق استناداً إلى الحكم بعقوبة مقيدة للحرية والذى صدر عنه العفو ، فان القضاء الفرنسى يقرر فى هذا الصدد أن العفو الشامل لا يمنع من الاستناد إلى فكرة الاساءة الجسمية injure grave بالنسبة للفعل نفسه الذى صدر الحكم بشأنه (نقض مدنى فرنسى فى ١١ يناير ١٩٥٤ فى D. 1954. 566 . وانظر كذلك تعليقاً لـ Breton على حكم محكمة Valence فى ١٦ مارس ١٩٥٥ فى D. 1955. 585 . وهذا يكشف عن أن العفو عن الجريمة لا يمحو كل أثر للخطأ فى جانب الشخص الذى حكم عليه من قبل . ويرى القضاء الفرنسى إلى جانب ذلك أن إخفاء العفو عن الجريمة السابق على الزواج عن الزوج الآخر لا يعد إساءة جسيمة (محكمة ليون فى ٢٠ ديسمبر ١٩٣٣ : S. 1934. 2. 148) .

طلب التطليق ، لعدم استيفاء شرط المدة [١] . ما إذا لم يؤد إلى ذلك وبقيت المدة ــ رغم العفو ــ أكثر من ٧ سنوات ، فان شرط المدة يتوافر ، ويظل الأساس الذى يستند إليه فى طلب التطليق قائما .

سقوط العقوبة : قد يصدر حكم بعقوبة مقيدة للحرية على أحد الزوجين وتتوافر فيه الشروط سالفة الذكر ، ومع ذلك لا ينفذ على المحكوم عليه الذى يستمر طليقا نظراً لاختفائه مثلا . ويظل الأمر كذلك إلى أن تنقضى العقوبة بمضى المدة المقررة قانونا ، فماذا يكون الحل ؟ يترتب على سقوط العقوبة عدم تنفيذها فقط على المحكوم عليه ، وتظل الآثار الجنائية . ولا شك أن للزوج الآخر أن يطلب التطليق استناداً إلى الحكم طالما أن العقوبة قائمة لم تسقط بمضى المدة لأن حقه يتعلق بصدور الحكم بالعقوبة ، ولأن من المحتمل تنفيذ الحكم فى أى وقت قبل سقوطها .

ولكن يثور التساؤل عما إذا كان قد سكت طيلة المدة التى تسقط بها العقوبة ثم عاد بعد أن سقطت وطلب التطليق ، فهل له ذلك. لاشك أن الأساس فى هذه الحالة ينتفى ، إذ لن يتضرر الزوج الآخر من غيبة قرينه وبعده عنه ، لعدم جواز تنفيذ العقوبة على المحكوم عليه بعد سقوطها [٢] .

---

(١) وبطبيعة الحال يختلف الأمر فى هذا الفرض وسابقه عنه لو كان أساس التطليق هو فكرة الخطأ والجزاء كما هــو الشأن بالنسبة للقانون الفرنسى . ذلك أن العفو عن العقوبة لا يمحو العار الذى يلصقه الحكم بالمحكوم عليه . ولهذا يكون للزوج الآخر أن يطلب التطليق فى هذه الحالة رغم العفو عن العقوبة حتى ولو ترتب عليه عدم تنفيذها كلها أو بعضها .

(٢) والحكم يختلف فى هذه الحالة لو كان التطليق قائماً على فكرة الجزاء ، كما قدمنا . ويراعى أن حق الزوج الآخر فى طلب التطليق يظل قائمــاً طيلة مدة سقوط العقوبة ، ما لم يسقط لسبب آخر ، أو ما لم يطرأ سبب يترتب عليه عدم قبول الدعوى .

١٦١ ـ السبب الثالث : المرض

تمهيد ـ الحالات التى تدخل تحت هذا السبب : رأينا فيما سبق أن الشريعة المسيحية تجعل من المرض مانعا من موانع الزواج ، وأن المقصود بالمرض هو العجز الجنسى ، والجنون ، والأمراض الأخرى المعدية أو الخطيرة . وقد أتيح لنا عند الكلام عن الموانع ، أن نوضح المقصود بكل منها فى حدود اعتبارها من موانع الزواج . ويعنينا فى هذا الصدد أن نتكلم عنها باعتبارها من أسباب التطليق . وهذا يستلزم أن تكون طارئة بعد قيام الزواج صحيحا[1] .

والتطليق للمرض بصفة عامة يعتبر علاجا من زوجية لا تتحقق أغراضها ، وقد أوضح صاحب الخلاصة القانونية العلة فى اعتبار المرض سببا من أسباب التطليق إذ يقول[2] : أما الموانع الشخصية فبما أن الوضع الربانى من الزواج هو لغايات ثلاث ... وهى لطلب النسل وتحصين الزوجين من ألم الشهوة والتعاون على المعاش تطبيقا للنصوص الصادرة عن ذلك. ولا شك أنه مع وجود الأسباب الشخصية المبينة فى قسم ١ من المسألة ١٧ يمتنع ولابد الحصول على هذه الغايات الثلاث المقصودة بالزواج كالوضع الالهى ، فلا يمكن الاجتماع المقصود منه النسل والتحصين ، ولا يتم التعاون فى المعاش بواسطة تلك الموانع . وكأن الزواج

---

(١) ومن هنا تتضح أهمية تحديد الوقت الذى يوجد فيه المرض . فاذا كان قائماً وقت الزواج كان مانعاً من الموانع ويمكن أن يؤدى إلى البطلان متى توافرت شروطه . أما إذا طرأ بعد الزواج كان سبباً للتطليق على نحو ما سنفصله فيما يلى . وقد رأينا أهمية تحديد الوقت الذى يوجد فيه المرض وخاصة بالنسبة للطوائف التى تبيح التطليق ، إذ ليس لديها إلا الاستناد إلى المرض باعتباره من موانع الزواج فقط . انظر ما سبق فقرة ١١٠ ص ٥١٠ - ٥١٢ وما جاء بالهامش فى هذا الصدد .

(٢) المسألة ٢٦ من الخلاصة . ويراعى أنه يدخل الأمراض بصفة عامة تحت ما يسميه بالموانع الشخصيه (انظر المسألة ١٧ من الخلاصة) .

بهذه الحالة أصبح عديم الفائدة . فلذا صرحت القوانين بفسخ زيجة المصابين بهذه الموانع إذا طلب أزواجهم الفرقة ... » .

ويجعل ابن العسال[1] من بين الأسباب التى «يفسخ» بها الزواج باختيار أحد الزوجين «أن يمتنع على قرينه أن يجتمع به الاجتماع المقصود بالزيجة للوجوه المذكورة فى القسم الثامن مما يمنع الزيجة[2]، لأن هذا لا يحصل معه القصد الأول بالزيجة وهو حصول النسل ، ولا القصد التابع له وهو دفع ألم الشهوة على الوجه الذى لا تمنعه الشريعة » .

وتجعل قوانين ابن لقلق من الأسباب التى « تفسخ » بها الزيجة حدوث « ما يمنع معه الاجتماع المقصود بالزيجة » ، ويشير قبل ذلك إلى موانع الاجتماع

---

(١) السابق ص ٢١٣ .

(٢) ويذكر فى القسم الثامن (ص ١٩٦) ـ فى صدد الكلام عن التزويج الممنوع ـ « ما يمنع من الاجتماع المقصود بالزيجة ، وهو إما طبيعى كالعنين ـ وهو الذى لايتمكن بطبيعة شخصه من الاجتماع المذكور ، والخنثى وهو الذى له فرج الذكر والمرأة معاً فى موضع واحد ، وكون لها عظم زائد مانع . وإما عرضى وهو على ثلاثة أضرب : أحدها الخصى وثانيها الجنون الذى يكون زمان الإفاقة منه أقل ، وثالثها الأمراض القاطعة كالجذام . وأما البرص فالأمر فيه راجع إلى الاختيار ... » . ويضيف ابن العسال إلى ذلك حالة ما إذا وجد الرجل المرأة « ناقصة فى خلقتها مخالفة لخلقة النساء لا تصلح للرجال ... » (انظر ص ٢١٤-٢١٥) كما يذكر كذلك حالة ما إذا كان أحدهما يصرع من جنون وكانت هذه العلة طارئة بعد الدخول، ويبين أن فى الأمر قولين : أحدهما يرى الاحتمال والصبر والابقاء على الزواج ، والآخر يبيح إنهاء الرابطة الزوجية . ولا يرجح ابن العسال بين الرأيين (انظر تفصيل ذلك ص ٢١٥ — ٢١٦) . وبالنسبة للجذام اللاحق على الزواج يبين كذلك أن هناك رأيين ويرجح ثانيهما فيقول « وإن تجذم ففيه قولان : الأول : ... أن تجذم أحدهما بعد التزويج وأراد الآخر مفارقته فليس له ذلك . والثانى ـ وهو أولى ـ : ومن تزوج بامرأة ثم عرض لها بعد زيجتها به داء فى بدنها مثل الجذام والبرص إن هو أحب مفارقتها فعليه أن يعطيها مهرها وجهازها ، وإن لم يحب مفارقتها فمباح له اعتزالها بشرط أن يجرى عليه النفقة على قدر ماله ، لأن الذى جرى عليها لم يكن بهواها ولا هواه (ص ٢١٦) .

المقصود بالزيجة « كالخصى والجنون المطبق ، والجذام ، والبرص والعظم الناشر فى النساء والعنين والخنثى وما يجرى هذا المجرى »[(١)] . وتعرض قوانين ابن لقلق كذلك لحالة « التى تصرع كثيراً أو بها جذام أو برص إن كان ذلك حل بها بعد زيجتها » وتبين أنه إذا أراد زوجها تخليتها فلها كل ما أمهرها به وكل ما تجهزت به . فان كان قد نفذ فيعتزلها وينفق عليها[(٢)] .

وقد بينت المجموعات الخاصة بالطوائف الأرثوذكسية حكم المرض[(٣)] . وهى بصفة عامة تتكلم عن أمراض العجز الجنسى والجنون والأمراض الأخرى الخطيرة . وتتجه مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس إلى التوسع فى النظر إلى ما يعتبر سببا للتطليق من هذه الأمراض يؤيدها فى ذلك الفقه السابق ، خلافا لمجموعة ١٩٥٥ للطائفة نفسها التى تقصرها على نوعين فقط ، وهما الجنون والعنة[(٤)] .

---

(١) انظر ملحق ابن العسال ص ٢٤ و ٢٢ على التوالى .

(٢) الموضع السابق ص ٢٤ .

(٣) انظر المادة ٧٢ وما بعدها من مجموعة السريان ، والمادة ٣٩ و ٤٨ من مجموعة الأرمن ، والمادة ١١ و ١٢ من القواعد الخاصة بالروم .

(٤) وتنص المادة ٥٤ من مجموعة ١٩٣٨ على أنه « إذا أصيب أحد الزوجين بجنون مطبق أو بمرض معد يخشى منه على سلامة الآخر ، يجوز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق إذا كان قد مضى ثلاث سنوات على الجنون أو المرض وثبت أنه غير قابل للشفاء . ويجوز أيضاً للزوجة أن تطلب الطلاق لاصابة زوجها بمرض العنة إذا مضى على إصابته به ثلاث سنوات وثبت أنه غير قابل للشفاء م وكانت الزوجة فى سن يخشى فيه عليها من الفتنة » .

أما مجموعة ١٩٥٥ فانها تضيق من نطاق المرض الذى يعتبر سبباً للتطليق ولا تدخل فى الاعتبار إلا الجنون والعنة دون الأمراض المعدية ، هذا إلى جانب الاختلاف فى شروط تطبيق هذا السبب من أسباب التطليق ، فتنص المادة ٥٢ على أنه « إذا أصيب أحد الزوجين بجنون مطبق ، يجوز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق إذا كان قد مضى خمس سنوات على الجنون وثبت أنه غير قابل للشفاء . ويجوز أيضاً للزوجة أن تطلب الطلاق إذا أصيب زوجها بمرض العنة وثبت أنه غير قابل للشفاء ، وكانت الزوجة فى سن يخشى عليها فيه من الفتنة ، ولم يكن قد مضى على الزواج خمس سنوات » .

وإذا كان الخلاف يثار حول أى من المجموعتين نطبق ، على أساس أن مجموعة ١٩٣٨ أوسع نطاقا ، فإنه ينبغى أن تقرر أنه لم يصدر بأى منهما تشريع من الدولة ، وإنما ينظر إلى هاتين المجموعتين وإلى المجموعات الفقهية باعتبرها من مصادر الشريعة لدى الأقباط ، ولهذا فانه ليس لمجموعة ١٩٥٥ من مرجح على مجموعة ١٩٣٨ بل على العكس ، فان هذه الأخيرة تتفق مع ما جاءت به كتب فقه الطائفة . ولهذا لا ينبغى الوقوف لدى مجموعة ١٩٥٥ دون المجموعات الأخرى ، يتجه بعض الشراح . ذلك لأننا طالما قبلنا مبدأ الاعتداد بالمصادر الأخرى غير الكتاب المقدس فى هذا الصدد ، فاننا لا ينبغى أن نتقيد بمصدر دون آخر. والواقع أن ما جاءت به المراجع الفقهية ، وعلى هديها مجموعة ١٩٣٨ فى شأن المرض بصفة عامة ، يعد أكثر تعبيراً عن الأحكام الخاصة بالطائفة من مجموعة ١٩٥٥ التى تأثرت على نطاق أوسع بالقانون الفرنسى ، الذى يقوم على أساس مغاير للأساس الذى تقوم عليه القواعد الخاصة بالأقباط بالنسبة للحالات التى يباح فيها التطليق . ذلك أن فكرة الجزاء هى التى تسيطر على أحكام التطليق فى القانون الفرنسى إذ يقوم على أساس الخطأ الذى يرتكبه أحد الزوجين فى حق الرابطة الزوجية ، ولهذا يستبعد المرض من بين أسباب التطليق فى هذا القانون (١) .

وفضلا عن ذلك فان الاجماع يكاد ينعقد الآن فى الفقه والقضاء على عدم

---

(١) انظر جميل الشرقاوى ، البحث السابق ، ص ٢٧١ .
هذا إلى جانب ما يثيره البعض من حيث تفضيل مجموعة ١٩٣٨ على مجموعة ١٩٥٥ وعدم التعويل على هذه الأخيرة لأنها لم تكتسب قيمة قانونية تمكنها من إلغاء الأحكام والقواعد التى كانت ثابتة من قبل نظراً لورودها من مصادر معتبرة أو لسريان العمل بها مدة طويلة مما أكسبها قوة عرفية (انظر إهاب اسماعيل : الرسالة السابقة ، بند ٦ ص ١٦٦-١٦٨).

الوقوف لدى ما جاءت بهمجموعة ١٩٥٥ ، والاتجاه إلى تطبيق الأحكام الواردة فى مجموعة ١٩٣٨ وما جاءت به كتب الفقه فى هذا الصدد [(١)].

ولهذا فإننا لن نقف فى بحثنا للمرض كسبب من أسباب التطليق على ماجاء بمجموعة ١٩٥٥ بل سنعرض له على ضوء ما جاءت به مجموعة ١٩٣٨ وما جاءت كتب فقه الطائفة . والمرض فى هذا المجال ينصرف إلى حالات العجز الجنسى والجنون والأمراض الأخرى الخطيرة . وإذا كانت الشروط الخاصة بها تكاد تتشابه ، إلا أن لكل منها خصوصياته ، مما يجعلنا نتكلم عن كل منها على حدة مراعين بقدر المستطاع عدم تكرار ما سبق لنا بيانه فى شأنها عند كلامنا عن موانع الزواج ، فنعرض أولا للعجز الجنسى ، ثم نعرض بعد ذلك للجنون ثم الأمراض الخطيرة .

١٦٢ **أولا: العجز الجنسي:** بينا فيما سبق ما هو العجز الجنسى وحالاته ومتى يدخل فى الاعتبار ، وشروطه وأحكامه بصفه عامة وذلك باعتباره مانعا من

---

(١) انظر من المؤيدين لهذا الاتجاه : جميل الشرقاوى ، الأحكام الخاصة بالوطنيين ، (٥٩/١٩٦٠) السابق ص ٣٥٨ وما بعدها وخاصة ص ٣٦١ . إهاب اسماعيل : رسالته السابقة ص ١٥٦ وما بعدها . وانظر ما سبق لنا بيانه عند كلامنا عن مصادر الشريعة المسيحية ، لدى الأقباط الأرثوذكس بند رقم ٤٢ خاصة ص ١٤٩-١٥٣ . وانظر كذلك ما سبق عند كلامنا عن موانع الزواج بند رقم ١١٢ وخاصة ص ٥٢٠ وما بعدها وانظر الأحكام العديدة التى أوردها خفاجى ورابح (ص ٦٩ وما بعدها) والتى طبقت مجموعة ١٩٣٨ بالنسبة للأقباط .

ولهذا الوضع ما يقابله فى الشريعة الاسلامية ، إذ اختلف الفقهاء حول التفريق للعيوب الجنسية فقط أو التفريق بسببها وبسبب غيرهـا من الأمراض الأخرى الخطيرة . وقـد اتفق سائر الفقهاء مع أبى حنيفة وأبى يوسف على التفريق بسبب العجز الجنسى فقط . أما محمد فقد زاد على ذلك جواز التفريق للأمراض الأخرى وهى الجـذام والبرص والجنون ، وقد زاد بعض الفقهاء على ذلك أمراضاً أخرى (انظر فى تفصيل ذلك محمد أبو زهرة ، السابق فقرة ٢٩٧ وما بعدها) .

موانع الزواج [١] . ونعرض له فى هذا المقام باعتباره سبباً من أسباب التطليق . وهو يكون كذلك إذا ما طرأ بعد الزواج . فكل ما يمكن أن يطرأ من حالات العجز الجنسى يعد سبباً للتطليق ، متى توافرت فيه الشروط التى سنذكرها فيما يلى . وقد بينت القواعد الطائفية حكم العجز الجنسى باعتباره سببا من أسباب التطليق ، ونعرض لشروط قيام هذا السبب .

(١) فيلزم أولا أن يطرأ العجز الجنسى بعد قيام الزواج وأن يثبت ذلك بصورة قاطعة بتقرير الأطباء المختصين . لكن ما هو المقصود بالعجز الجنسى فى هذا الصدد ؟ لم تتعرض كل من مجموعتى ١٩٣٨و١٩٥٥ للأقباط إلا لصورة واحدة من صور العجز الجنسى وهى العنة بالنسبة للرجل ، فلم تعرضا لغيرها ، كما لم تعرضا لحالات العجز الجنسى الطارئة بالنسبة للمرأة [٢] .

---

(١) انظر ما سبق فقرة رقم ١٠٧ وما بعدها ص ٥٠٠ وما بعدها .

(٢) وقد بينت مجموعة **السريان** العيوب الموجبة للفسخ ، وهى بالنسبة للرجال الخثونة والقطع ، وبالنسبة للنساء الانطباق والسدة (أنظر م ٧٢) .

والخثونة نوعان أحدهما ألا يتمكن الرجل من المجامعة طبعا أولمرض عرض ، له والثانى أن يكون له عضوا الذكر والأنثى (أنظر م٧٣) والقطع نوعان : الخصى ، وهو إزالة الخصيتين ، وقطع الذكر من العروق (م ٧٤) والانطباق هو أن لا يكون لها طريق النساء (أى الحيض) ، والسدة هى سلعة تكون للمرأة فى فم الفرج (م ٧٥) .

وهذه العيوب إذا كانت تدخل فى الاعتبار باعتبارها من موانع الزواج ، فانها تعد كذلك سببا التطليق متى طرأت بعد قيام الزواج ، أنظر المواد المشار اليها سابقا .

ولكن مجموعة **الأرمن** لم تعرض للعجز الجنسى باعتباره سببا للتطليق . إذ لم يرد ضمن حالات التطليق إشارة إلى أمراض العجز الجنسى ، وإن كانت المادة ١١ من مجموعتهم قد تكلمت عن العجز الجنسى كمانع من موانع الزواج إذ نصت على أنه « لا يجوز الزواج إذا كان أحد العاقدين مصابا بمانع طبيعى أوعرضى يجعله غير صالح للقيام بواجباته الزوجية كالعنة والخنوثة والخصاء . أما عقم الرجل أو المرأة فلا يجعل العقد باطلا » .

والواقع — كما قدمنا — أنه لا ينبغى أن يقتصر الأمر على نوع واحد من حالات العجز الجنسى ، كما لا ينبغى الوقوف لدى العجز الطارىء على الرجل دون المرأة . وهذا ما تؤيده كتب الفقه لدى الأقباط .

فبالنسبة للمرأة أولا إذا ما طرأ العجز بعد الزواج فانه ينبغى أن يدخل فى الاعتبار كسبب من أسباب التطليق، متى ثبت عدم إمكان تحقق غايات الزواج مع وجوده . ولعل لسكوت المجموعتين السابقتين عن الكلام على حالات العجز الطارىء لدى المرأة ما يبررة ، إذ أن معظم حالات العجز الطارئة بالنسبة لها إنما تتعلق بالعقم [١]، وهو لا يدخل فى الاعتبار على الراجح فى الشريعة المسيحيـة ، كما قدمنا [٢]. ولـكن هذا لا يمنع من أنه إذا ما طرأ على الزوجة سبب من أسباب العجز الجنسى أمكن الاستناد إليه لطلب التطليق . وهذا ما يتضح مما جاءت به كتب الفقه لدى الأقباط [٣] ، وهو مايبدو من مجموعة السريان [٤] .

---

(١) كاستئصال المبيض أو الرحم .

(٢) انظر ما سبق فقرة ١٠٨ وكذلك فقرة ١٥٣ .

(٣) انظر المسألة ١٧ خلاصة تحت الموانع الشخصية حيث تسوى بالنسبة لموانع الاجتماع التناسلى بين ما إذا كانت من جهة الذكر أو من جهة الأنثى . وكذلك ابن العسال ص ١٩٦ . وابن لقلق ، ملحق ابن العسال ، ص ٢٢ .

(٤) وتنص المادة ٧٥ من مجموعة **السريان** على حالتى الانطباق والسدة لدى المرأة ، فتقرر أنه مع كلا العيبين إن كان الرجل يتمكن من مجامعتها ، فلا يستطيع أن يفصلها أو يخسرها، وإن امتنع عنها طريق النساء (أو طريق الجماع) ينتظرها سنة ، فان لم تخجل فطلقها وخسرها فضلا عن الهدايا والمهر جهازها أيضاً إن لم يكن له بها علم سابق . وإن كان أخذها على شرط فليضاعف لها المهر إن كانت لا تريد ويطلقها . وتنص المادة ٧٣ من المجموعة نفسها على حالة ما إذا عرضت الخنوثة بعد الاقتران بالمرأة . وتبين أن المسألة خلافية . وترجح أن يفصل بين الزوجين بعد أن ينتظر ثلاث سنوات دون شفاء .

أما بالنسبة للرجل فانه إذا كانت المجموعات الحديثة تقف لدى العنة وحدها، إلا أن الأمر ليس كذلك فى كتب الفقه ، إذ تتكلم عن حالات أخرى كالجب والخصاء ، فهى تسوى بين العنة وما يجرى مجراها من موانع الاجتماع التناسلى . وهى إذ تتكلم عن الحالات السابقة ، فانها توردها على سبيل المثال [1] .

وعلى ذلك ينبغى أن يسوى بين حالات العجز الجنسى الطارىء بعد الزواج، سواء كانت من جانب الرجل أم من جانب المرأة ، كما ينبغى أن يسوى كذلك بين العنة وبين غيرها من الصور الأخرى للعجز الجنسى .

٢ — ويلزم أن يكون العجز الجنسى دائما أو مؤبداً . أى يلزم أن يكون غير قابل للشفاء ، لا يرجى زواله . فمتى ثبت ذلك أمكن القول بتحقق الضرر، ويكون للطرف الآخر مصلحة فى طلب التطليق . وقد نصت المجموعات الحديثة للأقباط على هذا الشرط صراحة ، كما نصت عليه كذلك الخلاصة القانونية ، إذ استلزمت أن تكون حالة العجز الجنسى من الحالات « الغير ممكن

---

(١) وهذا هو ما يتضح من الخلاصة القانونية ، حيث تتكلم عن كل ما يمنع من الاجتماع المقصود بالزيجة . . . كالعنين ، وهو من لا يتمكن بطبيعة شخصه من الاجتماع ، والخنق . . . والاخصاء ، وما يجرى مجراه من موانع الاجتماع التناسلى (انظر المسألة ١٧ القسم الأول) . وهذا هو ما يتضح مما أورده ابن العسال وابن لقلق فى المواضع المشار إليها فى الهامش قبل السابق .: وانظر كذلك ماورد فى مجموعة **السريان** م ٧٣ بالنسبة للخنوثة الطارئة ، ومادة ٧٤ بالنسبة للقطع بازالة الخصيتين أو قطع الذكر ، وفى حالة الخنوثة إن كان لا يستطيع الاقتران بها أبداً فلتنتظر سنة فقط ، فان قطع الأمل من الشفاء فصلت عنه إن أرادت وأخذت كل ما قدم وكتب لها من المهر والهدايا ، إن لم يكن لها علم سابق بخنوثته. ولكن إن كان سبق لها علم تخسر مهرها أيضاً إن أرادت الفسخ والانفصال. ويبدو أن النص هنا يتكلم عن الخنوثة الموجودة من قبل لدى الرجل ، رغم أنه تكلم قبل هذا عن الخنوثة الطارئة بعد الزواج لدى المرأة . أما بالنسبة للقطع فانه إذا كان طارئاً (أو كان قديماً ولم تعرف به الخطيئة) تأخذ المرأة المهر والهدايا التى قدمت لها وتفصل إن أرادت . بخلاف ما إذا علمت وخطبت على شرط ، فانها تخسر مهرها إن فصلت (م ٧٤) .

برؤها »[1] . وهذا ما يتضح كذلك من النصوص الواردة فى مجموعة السريان[2] . ومعرفة ما إذا كان العجز غير قابل للشفاء من المسائل الفنية التى يرجع فيها إلى أهل الخبرة من الأطباء ، ويستنير القضاء برأيهم فى معرفة استحكام المرض من عدمه .

وإلى جانب استلزام ألا يكون العجز قابلا للشفاء ، تنص مجموعة ١٩٣٨ للأقباط ، وكتب الفقه عندهم على ضرورة مرور مدة ثلاث سنوات على الاصابة به[3] . أى أنه يلزم أن تنقضى مدة ثلاث سنوات على العجز الذى تثبت

---

(١) ولكن ما أورده ابن لقلق وابن العسال فى هذا الصدد لا ينص صراحة على أن يكون المرض غير قابل للشفاء . فقد أورد ابن لقلق (ملحق ابن العسال ص ٢٤) أن الزيجة « تفسخ » « بحدوث ما يمنع معه الاجتماع المقصود ... فاذا أقام الرجل بعد الاتصال ثلاثة سنين ولا يمكنه أن يفعل ما يخصه ، فللمرأة ولوالديها أن يفسخوا الخلطة بينهما ... » .

ويقول ابن العسال (السابق ص ٢١٤) « إن التزويج ينفسخ بحجة ضرورية إذا كان الرجل لا يمكنه أن يجتمع مع المرأة ويفعل ما يختص بطبيعته ، بل يقيم بعد الاتصال ثلاث سنين ولا يمكنه أن يفعل ما يخصه ... » : ومع ذلك فانه إذا لم تكن النصوص السابقة تستلزم صراحة شرط عدم القابلية للشفاء ، كما ورد فى مجموعة ١٩٣٨ والخلاصة القانونية ، إلا أن هذا الشرط مفهوم ، لأنها تتكلم عن الموانع التى تمنع الاجتماع المقصود بالزواج ، التى تطول إلى ثلاث سنوات دون إمكان الاتصال بين الزوجين .

(٢) فقد نص بالنسبة الخنوثة على وجوب الانتظار ثلاث سنين ، فان لم يشف العجز ، فصل ، وهذا يعنى أنه إذا كان من الممكن شفاؤه خلال هذه المدة لا يؤدى إلى إنهاء الرابطة الزوجية . أما بالنسبة للقطع فلم تعرض النصوص لهذا الحكم ، إذ من الواضح أنه لا يرجى شفاؤه (انظر م ٧٣ و ٧٤) .

(٣) انظر ما أشير إليه بالهامش قبل السابق ، وكذلك المادة ٥٤ من مجموعة ١٩٣٨ والمسألة ٢٥ من الخلاصة القانونية . وقد فهم البعض من نص الخلاصة فى هذا الصدد أنها لا تستلزم أن يكون المرض غير قابل للشفاء ، وأنه يكفى طبقاً لما أوردته عبارة المسألة ٢٥ (السبب الرابع) مرور ثلاث سنوات دون شفاء ، وأن مرور هذه المدة هو المعول عليه دون استلزام التحقق من عدم القابلية للشفاء (إهاب اسماعيل ، رسالته ، ص ٢٨٢) . ولكن الواقع أن الخلاصة لم تقصد ذلك ، بل قصدت أن يكون المرض غير قابل للشفاء ، وأن تمر =

عدم قابليته للشفاء . أما مجموعة ١٩٥٥ لدى هذه الطائفة فانها لا تستلزم مرور مدة معينة ، متى ثبتت عدم القابلية للشفاء . أى أنها تكتفى بمجرد ثبوت عدم القابلية للشفاء ، وبذلك يعتبر العجز مؤبدا .

والواقع أن هذا الاتجاه الأخير الذى تأخذ به مجموعة ١٩٥٥ يعد أكثر منطقا من المجموعات السابقة ، ذلك أنه إذا ما تبين أن العجز الجنسى غير قابل للشفاء ، فانه يكون من غير المقبول أن نرغم القرين الآخر على الانتظار مدة ثلاث سنوات ، وخاصة أن حالة العجز قد تكون واضحة لا شك فيها ، كما فى حالة الجب أوحالة وجود أعراض جسمانية يمكن القطع معها بعدم القابلية للشفاء[1] . بل إنه فى جميع الحالات الأخرى التى لا يمكن القطع فيها منذ البداية بقيام حالة العجز الجنسى ، فانه متى ثبت بتقرير المختصين من الأطباء أن الأمر ميئوس منه وأنه لا أمل فى الشفاء ، فلا داعى للانتظار ، وخاصة بعد أن تبذل المحاولات اللازمة للعلاج بالطرق المألوفة الممكنة ، ولم يجد هذا نفعا ، ولم تظهر أية إمارات للتحسن ، بعد كل تلك المحاولات .

ويؤيد هذا النظر ما جاءت به المادة ١٢ من القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس ، فهى إذا كانت تستلزم استمرار العلة ثلاث سنوات من وقت الزواج لكى يقضى بالطلاق ، إلا أنها تقرر من ناحية أخرى أنه متى ثبت بالفحص

= مدة ثلاث سنوات ، لكى يكون للزوج السليم أن يطلب إنهاء الرابطة الزوجية . وهذا ما يتضح جلياً من عبارة الخلاصة نفسها إذ تتكلم عن « الموانع الشخصية الغير ممكن برؤها » . فاذا رغب المعافى منهما الفرقة ، بعد أن تكون مضت له ثلاث سنوات ... وتحقق ذلك ، يجاب وتفسخ الزيجة » .

(١) وهذا ما يبدو من مجموعة السريان ، إذ استلزمت فى بعض الحالات التى قد يرجى فيها الشفاء أن يبقى الطرفان مدة معينة قبل أن يفصل بينهما . أما فى حالة الجب والخصاء ، فلم تستلزم انتظار أية مدة (م ٧٤) .

الطبي القانوني أن عنة الزوج مستمرة وغير قابلة للشفاء ؛ يكون للزوجة رفع دعوى الطلاق ، ولو قبل فوات الثلاث سنوات [١] .

ويتجه القضاء عندنا فى أحكامه الخاصة بالعجز الجنسى ، باعتباره مانعا من موانع الزواج ، إلى الاستدلال على عدم القابلية للشفاء من مرور مدة معينة دون أن يقوى الزوج على الاتصال، وإن كان — كما يبدو — لا يتقيد فى هذا الصدد بمرور مدة معينة [٢] .

٣ — ويلزم للتطليق فى حالة العجز الجنسى أن يكون من شأنه الاضرار بالزوج الآخر : وهذا الشرط لازم أيضا للبطلان باعتبار العجز مانعا من موانع الزواج . فاذا لم يكن العجز بصورة يتحقق معها الإضرار بالطرف الآخر، فلا يكون سببا للتطليق. وكذلك يكون الحكم إذا ماطرأ العجز فى ظروف لا يتحقق فيها الإضرار بالآخر .

ذلك أن العجز يؤدى إلى الإضرار بالزوج الآخر لعدم استطاعة القيام بفروض الزوجية بصورة كاملة، متى طرأ فى ظروف معينة خلال الحياة الزوجية،

---

(١) وهذا ما تأخذه الشريعة الاسلامية ، إذ تفرق بين الجب من ناحية والعنة والخصاء من ناحية أخرى . ومتى ثبت الجب يفرق بين الزوجين فى الحال ، على أساس أن مثل هذا العيب قاطع فى استحالة المعاشرة الجنسية. أما فى حالة العنة والخصاء ، فلا يحكم القاضى بالتفريق بمجرد الطلب وثبوت عدم قرب الزوج من زوجته ، وإنما تؤجل سنة ، بشرط ألا يقربها خلالها لأن السنة فيها الفصول الأربعة ، وعساه أن يستطيع قربانها فى فصل دون فصل (انظر : محمد أبو زهرة ، السابق فقرة ٢٩٧ ص ٣٥٥) . وانظر أيضاً : جميل الشرقاوى فى مؤلفه الخاص بالوطنيين (١٩٦٠/٥٩) ، المرجع السابق ص ٣٦٤ .

(٢) وقد رأينا عند كلامنا عن موانع الزواج أن المحاكم لا تتقيد بمدة معينة للقول بأن العجز الجنسى يعتبر دائماً لكى تحكم بالبطلان (أنظر الأحكام المشار إليها بهامش ١ ص ٥١٣ فيما سبق) .

كما سنرى حالا . أما إذا لم يكن العجز كاملا ، بل كان الزوج يستطيع القيام — مع ذلك — بفروض الزوجية بصورة لاتضر ضررا بليغا بالزوج الآخر ، فلا يكون لهذا الأخير طلب التطليق (١) .

ومن ناحية أخرى ، فان العجز قد يطرأ فى ظروف لايتحقق فيها الإضرار بالطرف الآخر أو يفترض أنه كذلك. ولهذا تستلزم المجموعات الحديثة للأقباط أن تكون « الزوجة فى سن يخشى فيه عليها من الفتنة » حتى يمكن إجابتها إلى طلب التطليق . إذ يمكن القول فى مثل هذه الظروف أنها تتضرر من عدم إيفاء زوجها فروض الزوجية وتحقيق أغراض الزواج وغاياته الأساسية ، مما قد يؤدى إلى التعريض بها للوقوع فى الخطيئة وسلوك سبيل منحرف لا يتفق مع غايات الزواج فى الشريعة المسيحية ، حيث أوجبت أن يكون المضجع مكرما غير نجس : (٢) فاذا كانت الزوجة قد تجاوزت السن الذى يخشى فيه عليها من الفتنة فلا يتحقق الإضرار بها ، وبذلك تنتفى مصلحتها فى طلب التطليق . وهذا هو الحكم أيضا فى كل حالة تكون فيها الزوجة فى ظروف لا يخشى فيها عليها من من الفتنة ، كما لو كانت حالتها الصحية تؤدى إلى ذلك رغم عدم تقدمها فى السن (٣).

---

(١) انظر الأمثلة المشار إليها فى هذا الصدد بمناسبة العجز الجنسى كمانع من موانع الزواج (ص ٥١٤ هامش ١) . وانظر كذلك حكم إستئناف القاهرة فى ١٩٥٧/٤/٣ أورده خفاجى ورابح ، ص ٢٢ حيث قضى أنه إذا كان الزوج قد أخفق فى القيام بواجبه ولم يستطع قربان زوجته نظراً لحالة العنة التى تلازمه والتى لم ينجح فيها العلاج .. فان هذا العجز يدخل فى الاعتبار (الحكم يتعرض للعجز كمانع من موانع الزواج) .

(٢) تادرس ميخائيل ، السابق فقرة ١٥٢ ص ١٠٧ .

(٣) ولهذا يرى البعض (جميل الشرقاوى ، السابق (١٩٥٩-١٩٦٠) ص ٣٦٥) أنه كان الأولى فى هذه الحالة ربط خشية الفتنة بحال الزوجة ، بصرف النظر عن السن ، وهو ربط معقول ، وإن كان الغالب أن المرأة متى تقدمت بها السن تقل عندها الرغبة الجنسية ، كما تقل فيها . =

وإذا كنا نرى أنه يلزم أن تكون الزوجة فى سن أو فى ظروف يخشى عليها فيها من الفتنة على النحو السابق ، فلا ينبغى أن نربط بين هذا وبين ما نصت عليه مجموعة ١٩٥٥ للأقباط حين استلزمت ألا يكون قد مضى على الزواج خمس سنوات . ومعنى هذا أنه يلزم أن يطرأ العجز خلال الخمس سنوات اللاحقة على الزواج حتى يمكن طلب التطليق . والواقع أن هذا الشرط غير مفهوم ، كما قدمنا . فهو يعنى أنه لا يمكن طلب التطليق بعد هذه المدة ، حتى ولو كان العجز الطارىء لا يرجى شفاؤه ، وحتى لو كانت الزوجة تتضرر ويخشى عليها من الفتنة .

١٦٣ – ثانيا : الجنون : تكلمنا فيما سبق [١] عن الجنون المعاصر للزواج

= واستلزام كون الزوجة فى سن أو فى ظروف يخشى عليها فيها من الفتنة أمر منطقى ، لأننا لو أبحنا طلب التطليق دون تحديد فى هذا الصدد ، لأدى بنا ذلك إلى فتح السبيل أمام عدد لا يحصى من الحالات التى يطلب فيها التطليق للعجز الجنسى بسبب تقدم الأزواج فى السن ، مع أن هذه المرحلة من حياة الأزواج تعد من أهم المراحل التى تشتد فيها الحاجة إلى المساعدة . ولهذا يتجه القضاء إلى عدم قبول طلبات التطليق إذا كان قد مضى على قيام الزوجية مدة طويلة ولم يكن المرض طارئاً فى فجر الحياة الزوجية ، كما أنه لم يكن من الأمراض المعدية التى يخشى منها على الزوج السليم . وقد قضت محكمة استئناف القاهرة فى هذا الصدد (حكم فى ١٩٥٨/٣/٢٩ رقم ٢٢١ س ٧٤ ق - خفاجى ورابح ص ٧٨) بأن « المرض المفضى إلى الطلاق لا يمكن أن يقال به بعد أربعين سنة من حصول الزواج ، إلا أن يكون هذا المرض بحالة معدية يخشى على الزوج السليم منها . وظاهر أن الشلل النصفى ليس من بين هذه الأمراض المعدية ، بل هو من الأمراض المتوقع حصولها مع تقدم السن ، وقد بلغت الزوجة على حد قول الزوج سن السبعين سنة ، بعد أن أمضت معه كزوجة أربعين سنة . فلم يكن المرض طارئاً فى فجر الزواج بل حدث فى غروبه ، وبعد أن كادت الحياة تأفل فلا يحل للزوج بعد أن أمضى هذا العهد الطويل مع زوجته أن يطلب التطليق منها لمجرد أنها أصيبت بشلل نصفى فى أخريات أيامها . . » .

وهذا ما يمكن أن يقال بالنسبة لحالات العجز الجنسى ، نظراً لأنها ليست من الأمراض المعدية ، مع مراعاة أن الحكم السابق يبرز هذا الفارق بين الأمراض المعدية وغير المعدية من حيث إمكان طلب التطليق فى مثل هذه الظروف فى حالة الأمراض المعدية وحدها .

(١) فقرة ١١٢ ص ٥١٨ من هذا الكتاب .

والذى يكون قائما حال إبرامه . وفى هذا المجال نتكلم عن الجنون الطارىء بعد قيام الزواج باعتباره من الأمراض التى يمكن الاستناد إليها كسبب من أسباب التطليق فى الشريعة المسيحية ، وهو ما تعرضت له الطوائف الأرثوذكسية .

وقد أوردت مجموعات الأقباط الأرثوذكس الجنون بين الأسباب التى تنحل بها الرابطة الزوجية بصفة عامة [١] . ومن استعراضنا للقواعد الواردة فى هذا الشأن بصفة عامة يمكننا أن نتبين أن الجنون كسبب للتطليق ينبغى أن تتوافر بالنسبة له شروط معينة .

(١) فيلزم أولا أن يصاب الشخص بالجنون [٢] ، وأن يكون جنونه مطبقا.

---

(١) فتنص المادة ٥٢ من مجموعة ١٩٥٥ على أنه « إذا أصيب أحد الزوجين بجنون مطبق ، يجوز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق إذا كان قد مضى خمس سنوات على الجنون وثبت أنه غير قابل للشفاء » ، كما نصت المادة ٥٤ من مجموعة ١٩٣٨ على الحكم نفسه مع خلاف يسير من حيث المدة إذ تجعلها ثلاث سنوات .

(٢) ويمكن تعريف الجنون بأنه مرض يصيب العقل فيفقده ويسلبه تمييزه ، فلا يستطيع الشخص التوفيق بين أفكاره ومشاعره والوسط الخارجى ، ولهذا لا يعتد بأقواله وأفعاله (انظر فى هذا : مؤلفنا فى هذا المدخل للعلوم القانونية ، الكتاب الثانى فى نظرية الحق سنة ١٩٦٠ ص ١٨٥ وانظر أيضاً فى التعريف بالجنون ودرجاته ، رفعت خفاجى ورابح لطفى ، السابق ص ٦٧ ٦٩) .

والكلام عن الجنون فى هذا الصدد يثير الكلام عن حالات أخرى متصلة به كالعتة وخاصة أن القانون الوضعى يعطى للمجنون والمعتوه حكما واحد من حيث التصرفات المالية . وقد اعتدت المجالس الملية بالعتة كسبب من أسباب التطليق , انظر إهاب اسماعيل ، رسالته ، ص ١٧٤ـ ١٧٥) .

ولم يعتبر القضاء من الجنون بعض أنواع المرض كالأمراض العصبية والصرع (انظر استئناف القاهرة فى ٢٤ / ٤/ ٥٧ رقم ٢٠ س ٧٤ وكذلك حكمها فى ١٤ / ١١ / ١٩٥٦ رقم ١٨٩ س ٧٣ ق حيث لم تعتد المحكمة بهذين النوعين من الأمراض كسبب للتطليق ــ (خفاجى ورابح ص ٧٠) ـ ومع ذلك فان المادة ٧٨ من مجموعة السريان الأرثوذكس تتكلم عن « الصرع الغير قابل للشفاء » وتعنى به الجنون .

والجنون المطبق هو الذى لا يفيق الشخص منه ، وهو يعتبر سببا للتطليق لأنه يؤدى إلى الإضرار بالطرف الآخر ، ويجعل الحياة الزوجية غير محتملة . بل إنه يكون من العسير قيامها ، فلا يحقق الزواج أغراضه[1] .

وإلى جانب الجنون المطبق ، يدخل الجنون المتقطع فى الاعتبار كذلك ، متى كانت فترة الافاقة منه أقصر من فترة المرض ، إذ تتوافر الحكمة هنا أيضا ، مما يدعو إلى القول باعتباره فى حكم الجنون المطبق [2] .

---

(١) ذلك أن الجنون يحول دون التفاهم بين الزوجين، فلا يمكن أن تتحقق غايات الزواج الأساسية ، كما أنه لا يمكن للمجنون أن يقوم بالتزاماته المختلفة نحو زوجته ، فضلا عما فيه من تعريض الزوج الآخر للخطر والاعتداءات من جانب المجنون ، وخاصة فى فترات اشتداد المرض مما يوقع به الضرر . وقد قيل فى صدد تبرير اعتبار الجنون سبباً للتطليق « إن إرغام شخص على الحياة مع مجنون يعنى الحكم عليه بقضاء حياته كلها مع حيوان متوحش »
Obliger quelquun a vivre avec une folle, ce serait le condamner à — passer toutesa vie avecun animal sauvage ·

(أنظر فى هذا الصدد : دوفيليه وكارلو دوكليرك : الزواج فى القانون الكنسى الشرق ، المرجع السابق ص ٩١) .

وتنص المادة ٤٥ من القانون الالمانى الصادر سنة ١٩٤٦ على أن للزوج طلب الطلاق، إذا كان زوجه مصابا بمرض عقلى يؤدى إلى زوال كل اتفاق ذهنى وتفاهم بين الزوجين ، ولا تؤمل معه عودة هذا التفاهم . كما تستلزم المادة ١٤٤٣ من القانون المدنى اليونانى أن يكون من شأن الجنون أن يؤدى إلى عدم امكان التفاهم بين الزوجين .. وتنص المادة ١١ من قواعد **الروم** الأرثوذكس أنه يتعين أن يصاب الزوج « فى قواه العقلية لدرجة تجعل حياة قرينة معرضة للخطر » . وهذا يعنى أنه يلزم عند الروم أن يكون من شأن الجنون جعل حياة الزوج الآخر فى خطر .

وفى الشريعة الاسلامية يبرر فقاؤها ، الذين يدخلون الجنون فى الاعتبار كسبب للتطليق ، رأيهم فى هذا الصدد على أساس أن المعيشة مع أمثال هؤلاء لا تكون إلا بضرر (أبو زهرة السابق ص ٣٥٦) .

(٢) وهذا مايتضح من أقوال بعض الفقهاء ، كابن العسال ، اذ يجعل من الموانع العرضية « الجنون الذى يكون زمن الافاقة منه أقل » . ابن العسال : (المرجع السابق ص ١٩٦) ويعتبر ابن العسال الجنون من الموانع التى تمنع الاجتماع المقصود بالزيجة . وانظر فى =

(٢) يلزم أن يكون الجنون غير قابل للشفاء [١]، وإلا لا يعد سببا للتطليق . ولمعرفة ما إذا كان المرض قابلا للشفاء أو غير قابل له، يرجع إلى أهل الخبرة من الأطباء، وعلى هدى ما يدلون به يتقرر توافر هـذا الشرط أو عدم توافره [٢].

(٣) ويلزم إلى جانب شرط عدم القابلية للشفاء أن تمر مدة معينة حتى يمكن

= استلزام أن يكون الجنون مطبقاً : ابن لقلق ، ملحق ابن العسال، السابق ص ٢٢ ، والخلاصة القانونية ، مسألة ٢٥و١٧ حيث ينص عليه ضمن الموانع الشخصية . وقد اعتدت المجالس الملية بالجنون المتقطع كسبب للتطليق (أنظر : اهاب اسماعيل رسالته ص ١٧٥ والاحكام التى أشار اليها فى هذا الصدد) .

(١) وهذا ما تنص عليه الطوائف المختلفة (أنظر فيما سبق م ٥٤ و ٥٢ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ أقباط ، والمادة ٧٨ من مجموعة **السريان** وتنص على أن « الجنون الذى يوجب الفسخ يريد به المتشرعون داء الصرع الغير قابل للشفاء ، لانه ليست كل أنواع الماليخوليا غير قابلة للشفاء . » . وانظر كذلك المادة ٣٩ **أرمن** وهى تقضى بأنه يجوز الحكم بالطلاق بعد مضى ثلاث سنوات من إصابة أحد الزوجين بجنون لا يشفى . والمادة ١١ **روم** وهى تستلزم ألا يكون لهذه العلة أمل فى الشفاء .

وقد حكم فى هذا الصدد أنه اذا كان أحد الزوجين قد أصيب بالجنون ، إلا أنه لم يمكث بمستشفى الأمراض العقلية سوى فترة قصيرة بل خلالها من مرضه ، وعاد الى حالته الطبيعية ، لا يعد هذا سبباً للتطليق (محكمة القاهرة الابتدائية فى ٢٣ — ٢ — ١٩٥٧ خفاجى ورابح ، السابق ، ص ٦٩) .

(٢) ويمكن فى هذا الصدد الأخذ بالقرائن والظروف المحيطة . وفى القانون الانجليزى يعتبر إدخال المريض مصحاً للأمراض العقلية لعلاجه وبقاؤه مدة معينة دليلا على أن مرضه غير قابل للشفاء ، سواء كان المريض قد أدخل المصح جبراً أو اختياراً (أنظر جميل الشرقاوى ، البحث السابق ص ٢٨٧ وهامش ١) . هذا وينبغى أن يراعى أنه اذا كان الشخص يعتبر مجنونا متى ثبت ذلك دون استلزام الحجر عليه ، فان صدور قرار الحجر عليه ييسر سبيل اثبات الجنون ، ويعطى الطرف الآخر الحق فى طلب التطليق متى توافرت الشروط الأخرى . واعتبار الشخص مجنونا ولو لم يحجر عليه بمجرد ظهور الجنون هو ما تأخذ به الشريعة الاسلامية (انظر مؤلفنا فى نظرية الحق، المرجع السابق ص ١٨٦ بالهامش) .

طلب التطليق وتختلف المجموعات الطائفية فى تحديد هذه المدة. ويقدرها البعض بثلاث سنوات منذ الإصابة بالمرض دون أن يشفى المريض خلالها [١]. ولكن مجموعة ١٩٥٥ للأقباط تستلزم مرور خمس سنوات على الجنون متى ثبت أنه غير قابل للشفاء ، وهى أكثر تشددا من المجموعات الأخر لدى هذه الطائفة وغيرها [٢]. ويبدو أن المحاكم لا تساير هذا الاتجاه . [٣]

هذه هى الشروط اللازمة للاستناد إلى الجنون كسبب للتطليق . فاذا ما توافرت جاز للزوج الآخر أن يطلب إلى القضاء الحكم به ، دون حاجة إلى إثبات تحقق الضرر به فعلا ، فمتى كان الجنون مطبقا ، أو يغلب عليه أن يكون هكذا ، وكان غير قابل للشفاء وأثبت المختصون ذلك بعد بذل المحاولات الممكنة فى سبيل العلاج ، واستمر مدة معينة بحسب ما تستلزمة القواعد الخاصة بالطوائف، فإن القضاء يحكم بالتطليق متى تحقق له ذلك [٤].

---

(١) وهذا ما تنص عليه المادة ٥٤ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط ، كما تنص عليه الخلاصة القانونية (مسألة ٣٥) . والظاهر أن هذا هو ما يقره ابن العسال (أنظر ص ٢١٤ ، ١٩٦) بالنسبة للجنون ، وإن كان بالنسبة لحالة الصرع من الجنون لا تتكلم عن مدة معينة (أنظر ص ٢١٥ - ٢١٦ من المؤلف نفسه) . وهذا ما تؤخذ به المادة ١١ من قواعد الروم الأرثوذكس والمادة ٣٩ للارمن .

(٢) ومع ذلك فان المادة ٧٨ من مجموعة **السريان** الأرثوذكس تبين أن هناك خلافا حول تحديد فترة استمرار الجنون وأن بعضهم ينتظر سنة وآخرون أربع وغيرهم سبع سنين - وفى الشريعة الاسلامية - طبقا لمذهب الامام مالك - لا يفرق بين المجنون وزوجه إلا بعد التأجيل سنة ، لأنه ربما يشفى بعد سنة . وهذا هو رأى عمر بن الخطاب (أبو زهرة السابق ص ٣٥٩) .

(٣) أنظر استئناف فى ٦ - ٣ - ١٩٥٧ رقم ٣١٦ س ٧٣ ق (خفاجى ورابح ، السابق ص ٧٠) . وانظر مع ذلك دمنهور الابتدائية فى ١٩٥٦/٤/١٠ رقم ٩١ س ٥٦ صالح حنفى ٢ رقم ٦٢٠ ص ٤٧٦ .

(٤) وتقرر الخلاصة القانونية فى هذا الصدد أنه متى « تحقق ذلك جليا ، يجاب وتفسخ الزيجة » المسألة ٣٥ . وانظر كذلك ابن لقلق ملحق ابن العسال ص ٢٤ . ثم انظر مع ذلك إهاب اسماعيل ، رسالته السابقة ص ١٨٧ .

١٦٤ – (ثالثا) الأمراض الأخرى الخطيرة : تتكلم القواعد الخاصة بالأرثوذكس – إلى جانب العجز الجنسي والجنون – عن أمراض أخرى يجمعها أنها أمراض معدية وخطيرة. وإذا كان الخلاف يثار حول اعتبارها سببا للتطليق فاننا نرجح اعتبارها كذلك ، كما بينا من قبل . ولهذا نعرض فيما يلي للشروط اللازمة للاستناد إليها كسبب للتطليق . ويتضح من المجموعات التى تعرضت لهذا السبب ، أنه يلزم أن يوجد مرض على درجة من الخطورة، وأن يكون غير قابل للشفاء ، وأن يستمر مدة معينة [1] .

(١) فيلزم أولا أن يكون المرض على درجة من الخطورة ، ولهذا تنص مجموعة ١٩٣٨ للأقباط أن يكون من الأمراض المعدية التى يخشى منها على سلامة الزوج الآخر . ولم تذكر هذه المجموعة أمثلة للمرض الذى يتوافر فيه هذا الوصف ، ولكن كتب فقه الطائفة ذكرت أمثلة للأمراض دون أن توردها على سبيل الحصر، كما يتضح جليا من عباراتها. [2] وعلى أساس ما جاءت

---

(١) وقد أخذ القضاء بهذا ، فقررت محكمة استئناف القاهرة (فى ٣٠-٣-٥٨ رقم ٣ س ٧٤ ق صالح حنى ٢ رقم ٦١٥ ص ٤٦٩) أن شريعة الأقباط الأرثوذكس لا تجيز التطليق بسبب كل مرض يصيب أحد الزوجين ، وإلا لما كانت هناك معاونة أو مساعدة من جانب أحد الزوجين للاخر ، وإنما وضع قانون الأحوال الشخصية لهذه الطائفة والصادر سنة ١٩٣٨ ضوابط استمدها من روح رجال الدين ونصوصهم ، فأوجب فى المرض المثبت للتفريق ثلاث شروط هى : (١) أن يكون المرض مما لا تقوم معه الحياة الزوجية المشتركة إلا بضرر جسيم يلحق بأحد الزوجين من ناحية خطر العدوى أو من ناحية عدم إمكان تحقيق أية غاية من غايات الزواج (٢) أن تنقضى ثلاث سنوات على المرض (٣) أن يثبت فى نهاية المدة أنه غير متحكم لا يمكن البرء منه ، فان كان يرجى شفاؤه فلا يجوز التفريق بسببه .

(٢) وقد رأينا أن قوانين ابن لقلق تذكر من بين هذه الأمراض « الجذام والبرص .. وما يجرى هذا المجرى » ، وهى تتكلم عنها مع الأمراض التى يمتنع معها الاجتماع المقصود بالزيجة ، ويرى ابن العسال كذلك إدخال الجذام والبرص فى الاعتبار (أنظر فيما سبق ص ٨٦٠ =

به مجموعة ١٩٣٨ للأقباط ، وما جاء فى كتب فقه الطائفة ، يمكن القول بأن الأمراض الخطيرة التى تدخل فى الاعتبار لم ترد على سبيل الحصر . وكل ما هنالك أنه يلزم أن يتوافر فيها وصف كونها من الأمراض المعدية التى يخشى منها على سلامة الزوج الآخر ، أو كونها على درجة من الجسامة كالجذام والبرص وما يجرى مجراهما [1] . فاذا كنا بصدد مرض معد أو مرض آخر غير العجز الجنسى والجنون ، بحيث لا يتم معه الاجتماع المقصود بالزواج إلا بضرر كان هذا المرض سببا للتطليق . والضرر كما يقول فقهاء الشريعة الاسلامية فى هذا الصدد ضرر عام يشمل الزوج الآخر أو نسله ، بحيث يكون شديداً لا يمكن احتماله أو يبقى أثراً فى الذرية [2] . وإذا كانت مجموعات الأقباط لم تورد بيانا لما يعتبر من الأمراض السابقة سببا للتطليق وأن كتب الفقه على وجه خاص قد أوردت بعضها ـ الجذام والبرص ـ على سبيل المثال ، فاننا ينبغى أن نستعرض أحكام القضاء فى هذا الصدد حتى نرى منها أمثلة لما اعتبر سببا للتطليق وما لم يعتبر كذلك . وباستعراض تلك الأحكام نجد أنها تجعل من بين هذه الأمراض

= هامش ٢) وهذا هو الشأن بالنسبة لما جاءت به الخلاصة القانونية . وبذلك يتبين لنا أن المجموعات الفقهية تشير إلى الجذام والبرص وما يجرى مجراهما ، أى أنها لم تورد هذين النوعين من الأمراض إلا على سبيل التمثيل .

(١) وتذكر مجموعة ١٩٣٨ بين موانع الزواج المرض القتال « كالسل المتقدم والسرطان . . . »

(٢) وقد أخذ القضاء بهذا المعنى فقرر أن « الأمراض التى أشار إليها رجال الدين المسيحى فى شروحهم أو النصوص التى أقروا أحكامها لم تأت على سبيل الحصر ، بحيث لا يعد ما عداها من أمراض غير موجب للطلاق رغم خطورتها ، بل إن إشارتهم لتلك الأمراض قد جاءت على سبيل المثال » (القاهرة الابتدائية فى ٢٤ ـ ١١ ـ ١٩٥٦ أشار إليه خفاجى ورابع السابق ص ٧٣) :

الأمراض السرية [١] وكذلك السل [٢] بل إن من الأحكام ما ذهب إلى أن الأمراض التى يترتب عليها عدم صلاحية أحد الزوجين للمعاشرة الزوجية تعتبر سببا للتطليق متى كان فى الابقاء على الحياة الزوجية ضرر جسيم للآخر حيث لا تتحقق غايات الزواج [٣].

وعلى خلاف ذلك رفضت المحاكم طلبات التطليق فى الحالات التى لا يصل فيها المرض إلى درجة الخطورة على النحو السابق . إذ ليس «كل مرض يصيب أحد الزوجين يبرر للزوج الآخر طلب التطليق ...» [٤]. ولهذا لم تعتبر المحاكم

---

(١) القاهرة الابتدائية مشار إليه فى المجموعة السابقة ص ٧٤ وإن كانت المحكمة قد رفضت طلب التطليق لعدم توافر باقى الشروط الأخرى وخاصة حين ثبت لها من الكشف الطبى خلو الزوج من هذا المرض . والواقع أن المرض السرى من الأمراض الخطيرة المعدية .

أنظر المادة ٤٨ من مجموعة الارمن وهى تجعل من إصابة أحد الزوجين بمرض سرى أثناء الزواج سبباً للتطليق .

(٢) القاهرة الابتدائية فى ٩ -٢- ١٩٥٧ وفى ٩ - ٣ - ٥٧ . محكمة استئناف القاهرة فى ٢٠ - ٢ - ٥٧ والاحكام الثلاثة واردة فى المجموعة السابقة ص ٧٦ - ٧٧ . وإذا كان لم يقض بالتطليق فى الحالات السابقة فان ذلك يرجع لعدم توافر الشروط الأخرى وخاصة شرط عدم قابلية المرض للشفاء . ومع ذلك فان هذه الاحكام قد بينت أن السل من الأمراض الجسيمة التى لها خطرها ، وقد ثبت أنه ناقل للعدوى بالمخالطة ويترتب عليه استحالة الحياة الزوجية خشية إصابة الزوج السليم ، مما يجعله حائلا دون تحقيق غايات الزواج .

(٣) أنظر القاهرة الابتدائية فى ٢٤ - ١١ - ١٩٥٦ أوردته المجموعة السابقة ص ٧٤ وقد بين الحكم أنه ثبت أن عند الزوجة شللا توتريا بالأطراف مع تأثر بالحساسية ، وأن خذل العضلات وتوترها قد اصطحب فى حالة الطرفين العلويين برعشة واضحة باليدين ، وفى حالة الطرفين السفليين بسقوط القدمين ومشية توترية غير متزنة ولا مستقيمة ، كما أن الحالة قد اصطحبت بتأثر قوة ودقة إبصار عينيها إلى درجة كبيرة ، وأن هذه الحالة فى مجموعها بالدرجة التى وضحت تجعلها غير صالحة للمعاشرة الزوجية .

(٤) أنظر استئناف القاهرة فى ٢٩ - ٥ - ١٩٥٧ رقم ٧٨ س ٧٤ ق المجموعة السابقة ص ٧٧ .

كون الزوجة « نحيفة وبها أنيميا ملحوظة » سببا للتطليق [١]. كما لم تعتبر مرض القلب [٢] ولا الربو [٣] من بين تلك الأسباب .

هذه بعض أمثلة لما اعتبره القضاء سببا للتطليق من الأمراض، وما لم يعتبره كذلك ، ويمكننا فى هذا الصدد أن نستنير ــ فضلا عن ذلك ــ بما جاءت به القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة وبما جاءت به الشرائع الأخرى التى تستندإلى المرض كسبب من أسباب التطليق .

فبالنسبة لطائفة السريان الأرثوذكس تذكر المادة٧٢ من مجموعتهم الجرب والجذام . [٤] ومن صياغة النص يبدو أنه قد عددها على سبيل الحصر إذتنص على أن العيوب التى توجب الفسخ سبعه ... ثم عددت هذه العيوب ومن بينها الجرب والجذام . وتنص المادة ١١ من القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس على أن « لكل من الزوجين أن يطلب أيضا الطلاق إذا أصيب الآخر بالجذام».

---

(١) القاهرة الابتدائية فى ٢٢ - ١١ - ١٩٥٦ ، المجموعة السابقة ص ٧٣ .

(٢) فمتى كان « الثابت من تقرير الطبى الشرعى أنه وان كانت الزوجة مريضة بالقلب إلا أن هذا المرض لا يحول دون المباشرة الجنسية ، مع مراعاة أن الزوجة سبق لها الحمل من زوجها : ومن ناحية أخرى فان اخفاء الزوجة مرض القلب عندها لا أثر له فى عقد الزواج طالما ثبت أنه لايعطل الحياة الجنسية (الاسكندرية الابتدائية فى ١٢ يونيو٥٦ رقم ١٢ س١٩٥٦ غير منشور) ، وقد نشره صالح حنفى فى ج ٢ رقم ٦٢٣ ص ٤٧٧ .

(٣) ذلك أن مرض الربو ــ كما جاء فى حكم استئناف القاهرة (فى ١٩ ــ ١ ــ ٩٥٧ رقم ١٣٨ س ٧٣ ق المجموعة السابقة ٧٤) لا يتوافر فيه الشروط المنصوص عليها فى المادة ٥٤ من قانون الأحوال الشخصية للاقباط .

(٤) وتوضح المادتان٧٦ و ٧٧ من مجموعة السريان المقصود بالجرب والجذام الموجب للفسخ بأنه الجرب العتيق الذى ينتشر فى أكثر الجسم فيحوله عن آخره إلى بياض زائد ، حتى أنه يتثبت فيه شعر أبيض وإذا نخز بابرة وخزا سطحيا لا يسيل دما بل سائلا كالحليب . وأما الجذام فهو الذى يقبح الوجه ويجحظ العينين ويتلف رءوس الأعضاء ويدمل السحنة فتخرج فيها بثور خشنة .

ويبدو من هذا النص أنه لايذكر إلا الجذام فقط ، وهو يعد سببا للتطليق دون أى شرط آخر ، أى تكفى الإصابة به حتى يكون ذلك سببا للتطليق خلافا للقواعد الخاصة بالأقباط والتى تستلزم شروطا أخرى من حيث مرور مدةمعينة ومن حيث كون المرض غير قابل للشفاء [1] . أما مجموعة الأرمن فقد نصت على أن « إصابة أحد الزوجين بمرض سرى أثناء الزواج يجيز للآخر طلب الطلاق » (م٤٨) . ويبدو كذلك أنهم لم يتكلموا إلا عن هذا المرض فقط من الأمراض الخطيرة كسبب للتطليق ، إلى جانب الجنون .

وينص القانون الألمانى على أن للزوج أن يطلب الطلاق إذا كان زوجه مصابا بمرض معد أو مرض منفر ... [2] وهذا الحكم قريب من الأحكام الخاصة بالأقباط .

ومجمل القول أنه يلزم للتطليق فى هذه الحالة أن يوجد بأحد الزوجين مرض على درجه من الجسامة والخطورة بحيث لا يكون المقام مع المريض إلا بضرر ، كما قدمنا ، مما قد يؤدى إلى استحالة استمرار الحياة الزوجية، أى يكون من شأن المرض جعل الحياة المشتركة غير محتملة . ومن استعراضنا للقواعد السالفة يتبين

---

(١) ويقابل نص المادة ١١ الخاص بالروم نص المادة ١٤٤٤ من القانون المدنى اليونانى وتنص على أن :

(Chacun des époux peut demander le divorce si son conjoin souffre de lèpre)

أنظر بالنسبة لهذا السبب فى القانون اليونانى : جميل الشرقاوى ، السابق ص ٣٠١ ، وكذلك جورج رويلوس (تعريب محمد على عرفه وعزيز خانكى) التقنين المدنى اليونانى ، السابق ص ١٦٠ ــ ١٦١ . وقد جاء فى التعليق على النص السابق أنه لا يجوز القياس عليه ، مهما كانت خطورة الأمراض أو خطر العدوى منها ، أو انتقالها بالوراثة ، وإن كان يصح أن تكون هذه الأمراض سببا لإنهاء المعيشة المشتركة (أنظر م١٣٩٤ مدنى يونانى) ولكنها لا تصلح سبباً للتطليق .

(٢) انظر المادة ٤٦ من القانون الصادر سنة ١٩٤٦ ــ جميل الشرقاوى ، البحث السابق ص ٣١٣ .

لنا أن القواعد الخاصة بالأقباط لم تورد بيانا حصريا للأمراض فى هذا الصدد كما هو الشأن بالنسبة للسريان أو الروم أو الأرمن ، ولكنها ذكرت الأمراض المعدية التى يخشى منها على سلامة الآخر (مجموعة ١٩٣٨) ، أو بصفة عامة الأمراض التى يمتنع معها الاجتماع المقصود بالزيجة (كما جاء فى كتب الفقه) (١) . ولهذا لا يمكن القول بأن مرضا معينا يدخل فى الاعتبار عندهم ، وإنما يترك للقضاء تقدير ما إذا كان المرض معديا أو من الأمراض التى يمتنع معها الاجتماع المقصود بالزيجة ، غير العجز الجنسى والجنون ، مع الاستعانة بأهل الخبرة . ومع ذلك يمكن الاستنارة فى هذا الصدد بالأمثلة السالف ذكرها سواء بالنسبة للأقباط أو بالنسبة لغيرهم ، فيدخل فى الاعتبار من هذه الأمراض الجذام والبرص والجرب والأمراض السرية والسل ... متى توافرت فيها الشروط الأخرى (٢) .

٢ — شرط عدم القابلية للشفاء : إلى جانب ماسبق يلزم أن يكون المرض

---

(١) وهذه الأمراض جميعها من شأنها أن تكون خطرا على صحة الزوج الآخر أو على أخلاقه . وقد جاء فى التعليق على الخلاصة القانونية أن « كل هذه (الأمراض) مانعة من الزواج خشية أن القرين السليم يقع فى المرض أو الفساد » (أشار إلى ذلك جميل الشرقاوى فى مؤلفه للوطنيين ، السابق ص ٢٦٦ هامش ٢) . وقد جاء فى حكم استئناف القاهرة (٢٠-٢-١٩٥٧ خفاجى ورابح ص٧٦-٧٧) أنه يلزم « أن يكون ذلك المرض مما لا تقوم معه الحياة الزوجية المشتركة إلا بضرر جسيم يلحق بأحد الزوجين من ناحية خطر العدوى أو من ناحية عدم إمكان تحقيق أى غاية من غايات الزواج » . وانظر كذلك حكما آخر للمحكمة نفسها فى المرجع ذاته ص ٧٧ . ولهذا حكم بأن طلب التطليق يكون من الزوج السليم ، لأنه هو الذى يقع عليه الضرر . وليس للمريض نفسه طلب التطليق (مجلس ملى فرعى الاسكندرية فى ١٦-١٢-٥٥ صالح حنفى ج ١ ، السابق ص ١٨٩) .

(٢) ويذكر فقهاء الشريعة الاسلامية الجذام والبرص (انظر كذلك المادة ٩ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٥) لما يترتب عليها من نفرة وضرر بالنسل ، ويرون إمكان القياس عليهما (انظر : أبو زهرة ، السابق ص ٣٥٨) .

غير قابل للشفاء ، أى لا يمكن البرء منه [1] .

والواقع أن هذا الشرط لازم يتفق مع ما تمليه أحكام الزواج والالتزامات المترتبة عليه . فالزواج يفرض على كل من الزوجين حسن معاشرة الآخر ، وهذا يستلزم أن يقوم كل منهما نحو صاحبه بواجب المساعدة والمعاونة ، فيعينه عند الحاجة وفى أوقات الشدة ، ويقع الالتزام بالمعاونة والمساعدة على كل من الزوجين طالما لم يكن فى تنفيذه ما يعرضه للمخاطر . فاذا كان القيام به يعرضه للمخاطر ، كما فى حالة الجنون والأمراض المعدية ، لا يقوم هذا الالتزام . وإنما يبقى على الزوج السليم فى هذه الحالة بذل العناية اللازمة للعلاج [2] . ذلك أنه فى الغالب من الأحيان لا ينسب إلى المريض خطأ فى حالة المرض ، ولهذا ينبغى أن يسارع الزوج الآخر ويطلب التطليق بمجرد إصابة زوجه ، بل يتعين عليه — بدلا من ذلك — بذل ما يستطيع فى سبيل الوصول إلى شفائه [3] . فينبغى عليه أن يقوم بما يحتمه عليه الشرع من معونة زوجه فى مرضه ، حتى يتيح له فرصة كافية للعلاج الشامل ، وعليه أن يقوم بواجب المساهمة والانفاق فى شئون مرضه على قدر طاقته ، حتى لا يطول أمد العلاج [4] .

---

(١) وقد نصت على هذا الشرط المادة ٥٤ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط ، كما نصت عليه أيضاً كتب الفقه لديهم إذ استلزمت أن يكون من الأمراض التى لا يمكن برؤها . (المسألة ٢٥ من الخلاصة القانونية . وهو مايفهم كذلك من كتب الفقه الأخرى) .

(٢) انظر ما سبق ص ٦٨٩ و ٦٩١ .

(٣) فى هذا المعنى استئناف القاهرة فى ١٩٥٧/٣/٢٠ رقم ٣ س ٧٣ ق مجموعة خفاجى ورابح ٤ ص ٧٦-٧٧ .

(٤) فى هذا المعنى استئناف القاهرة فى ١٩٥٧/٦/١٩ رقم ٦٢ س ٧٤ ق المجموعة السابقة ص ٧٨ رقم ١٧ ، ١٨ . وانظر كذلك حكما أشرنا إليه فيما سبق هامش ١ ص ٦٩٢ .

فاذا ما قام السليم بواجبه على النحو السابق وتبين تعذر الشفاء ، وتحقق ذلك جليا ، وتوافرت الشروط الأخرى جاز طلب التطليق [1] ، طالما كان المرض غير راجع إلى فعله وبخطئه وإهماله ، إذ لا يجوز له فى هذه الحالة أن يستفيد من تقصيره [2] .

وتبحث المحاكم دائما توافر شرط عدم القابلية للشفاء لكى تحكم بالتطليق مع إدخالها فى الاعتبار قيام الزوج الآخر بواجبه فى معالجة قرينه من مرضه . وإذا ماثبت لديها أن حالة المرض قابلة للشفاء والتحسن ، رغم إصابته بمرض معد – كالسل – فانها لا تحكم بالتطليق . وهى تستند فى ذلك إلى تقارير

---

(١) والأمر مفوض إليه فى هذه الحالة ، كما يقول ابن العسال (السابق ص ٢١٦) . فقد أورد فى هذا الصدد أن « من تزوج بامرأة ثم عرض لها بعد زيجتها به داء فى بدنها مثل الجذام والبرص ، إن هو أحب مفارقتها فعليه أن يعطيها مهرها وجهازها ، وإن لم يحب مفارقتها فباح له اعتزالها بشرط أن يجرى عليه النفقة على قدر ماله ، لأن الذى جرى عليها لم يكن بهواها ولا هواه » .

ومع ذلك فان المحكمة قد لا تجيبه إلى طلبه إذا ما تبين لها أنه لم يقم بالتزامه بالعلاج رغم مقدرته ، ولكنه ترك الآخر عرضة للأمراض حتى استفحل أمرها .

وفضلا عن ذلك فانه يمكن الاستنارة فى هذا الصدد بما يقضى به القانون الألمانى ، إذ يجوز طبقاً لهذا القانون ألا تقضى المحكمة بالطلاق إذا وجدت أن طلب الطلاق من الزوج الذى يتحقق لمصلحته سبب من الأسباب الخاصة بالتطليق ، وهى الاختلال العقلى والمرض العقلى والأمراض المعدية المنفرة (تنظر المواد ٤٤-٤٦ من قانون ١٩٤٦) ، غير مبرر من وجهة النظر الخلقية . ويعتبر الطلب كذلك على وجه خاص إذا كان حل الزواج يضر ضرراً بليغاً بالزوج الآخر ، وتقدير منافاة الطلب للأخلاق مسألة يرجع فيها إلى الظروف ، وينظر فيها بصفة خاصة إلى مدة بقاء الزواج وأسباب المرض (مادة ٤٧ من القانون السابق . وانظر جميل الشرقاوى البحث السابق ص ٣١٣) .

(٢) فلو فرض أن الزوج لم يكفل لزوجته مثلا العناية اللازمة والغذاء والمسكن حتى أصيبت بالسل ، فلا يجوز له طلب التطليق . وهذا هو الحكم أيضاً فى حالة ما إذا تسبب فى إصابة زوجته بمرض سرى (انظر فى هذا : خفاجى ورابح ، السابق هامش ص ٧١-٧٢) .

المختصين من الأطباء . فاذا أثبت التقرير الطبي الشرعي أن حالة المرض قابلة للشفاء بالعلاج الطبي الشامل ، فانها لاتعتبره سببا للتطليق [1] .

وخلاصة القول بالنسبة لهذا الشرط الثاني هو أنه يتعين أن تثبت عدم قابلية المرض للشفاء . ويتحقق ذلك إذا ما عولج المريض بالطرق العادية المألوفة لعلاج مرضه . وإذا كانت مسألة الشفاء من الأمراض أو عدمه من المسائل النسبية التي تتغير على مر الزمن ، نظرا لتقدم الأبحاث العلمية ، فاننا نعتقد أن ينبغي أن ينظر إلى طرق العلاج العادية المألوفة في وقت العلاج . فاذا شفي لا يتوافر سبب التطليق ، وإذا لم تظهر عليه إمارات التحسن ، وقرر أهل الخبرة من الأطباء أن مرضه غير قابل للشفاء ، أمكن طلب التطليق ، متى توافرت الشروط الأخرى .

٣ — إلى جانب ماسبق تستلزم النصوص الخاصة ببعض الطوائف مرور مدة معينة حتى يمكن التطليق على أساس المرض . من ذلك ما نصت عليه مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس ، إذ تجيز للزوج الآخر طلب الطلاق إذا كان قد مضى على المرض ثلاث سنوات ، وثبت أنه غير قابل للشفاء . وهذا يعني أنه

---

(١) انظر في هذا الصدد الأحكام الصادرة من القاهرة الابتدائية في ٩-٢-١٩٥٧ قضية رقم ٦٨٩ س ١٩٥٦ وفي ٩-٣-١٩٥٧ قضية ١١٠٧ س ١٩٥٦ . ومن استئناف القاهرة في ٢٠-٣-١٩٥٧ قضية ٣ س ٧٤ ق ، وفي ١٩-٦-١٩٥٧ قضية ٦٢ س ٧٤ ، وفي ١١-٦-١٩٥٨ قضية ٢١٩ س ٧٤ ق . والأحكام مذكورة في مؤلف خفاجي وراجع السابق ص ٧٥ وما بعدها تحت رقم ١١و٢٢و١٤و١٧و١٨و٢٠ على التوالي .

وفي القانون الألماني تحتم إجراءات نظر دعوى الطلاق — في حالة السلوك الناتج عن الاختلال العقلي ، وحالة المرض العقلي والأمراض المعدية والمنفرة — أن يستعان بالخبرة في تقدير توافر الشروط التي ذكرتها النصوص في المرض الذي يؤسس عليه طلب الطلاق (انظر جميل الشرقاوي ، البحث السابق ، ص ٣١٣) .

يلزم أن تثبت عدم القابلية للشفاء . وأن تمضى ثلاث سنوات على قيام المرض . ويبدو أن هذا هو ما تتجه إليه الخلاصة القانونية كذلك ، وهى تجعل المرض فى هذه الحالة ضمن الأمراض المانعة من الاجتماع المقصود بالزيجة [1] . ولكن يفهم مما أورده ابن لقلق وابن العسال فى هذا الصدد أنهما يفرقان من حيث استلزام المدة بين الأمراض الخطيرة التى نحن بصددها ـ كالجذام والبرص ـ حيث لا تستلزم مدة معينة ، وبين الأمراض الأخرى المانعة كالعجز الجنسى ، حيث تستلزم مدة ثلاث سنوات [2] .

وتتجه القواعد الخاصة ببعض الطوائف الأخرى إلى عدم استلزام مرور مدة معينة على المرض فى هذه الحالة . من ذلك ما جاء بالنسبة للسريان إذ تكفى الإصابة بالجذام كما يكفى أن يكون الجرب عتيقا على الوصف الوارد فى المادة ٧٦ . ومن ذلك ما تقضى به القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس فى حالة الجذام ، إذ يعتبرونه سببا للتطليق ، دون أية شروط أخرى ، أى أنه تكفى الاصابة به [3]

---

(١) انظر فيما سبق ص ٨٦٧ هامش ٣

(٢) فقد أورد ابن لقلق أن الزيجة تنفسخ .. « بأن تكون مما تقدم ذكره من الزيجات الممنوعة ... وبحدوث ما يمنع معه الاجتماع المقصود بالزيجة كما تقدم بيانه . فاذا أقام الرجل بعد الاتصال ثلاثة سنين ولا يمكنه أن يفعل ما يخصه فللمرأة ولوالديها أن يفسخوا الخلطة بينهما ويتبعها جهازها » . ثم يعود بعد ذلك ويتكلم عن «التى تصرع كثيراً أو بها جذام أو برص » ولا يستلزم مرور مدة معينة ، كما هو الشأن بالنسبة للأمراض المانعة بصفة عامة ، ومع أنه تكلم عنها قبل ذلك ضمن الأمراض التى تمنع الزواج (ص ٢٢ ملحق ابن العسال) ، إلا أنه يفرد لها حكما خاصاً بها فيقول : « والتى تصرع كثيراً أو بها جذام أو برص إن كان ذلك حل بها بعد زيجتها ، فان أراد زوجها تخليتها ، فلها كل ما أمهرها به وكل ما تجهزت به ، فان كان قد نفذ فيعتزلها وينفق عليها .. » (ملحق ابن العسال ، ص ٢٤) وهذا هو المعنى الذى أورده ابن العسال أيضاً (المرجع السابق ص ٢١٣ وكذلك ٢١٤–٢١٦) .

(٣) وهذا هو ما يأخذ به القانون اليونانى ، كما قدمنا .

وما تقضى به المادة ٤٨ من قواعد الأرمن الأرثوذكس من أن إصابة أحد الزوجين بمرض سرى أثناء الزواج يجيز للآخر طلب الطلاق . أى أن الاصابة بهذا المرض وحده كافية دون شروط أخرى .

على أنه إذا كان من اللازم أن يكون المرض غير قابل للشفاء وأن تنقضى على الإصابة ثلاث سنوات طبقا لما تتجه إليه مجموعة ١٩٣٨ للأقباط ، على النحو السابق ، فان الأمر لا يثير صعوبة إذا ما ثبت فعلا عدم إمكان الشفاء ، لكن ماذا يكون الحكم لو أن المرض كان قابلا للشفاء وإنما يستلزم مدة طويلة للعلاج ؟ لاشك فى أنه إذا كان المرض قابلا للشفاء ، فان شروط التطليق لاتتوافر ، حتى ولو طالت المدة اللازمة للعلاج ، طالما قرر أهل الخبرة ذلك .

ومع ذلك فقد انقسمت أحكام المحاكم إزاء هذا الموضوع . ففى اتجاه أول تقرر أنه إذا كان المرض مما يمكن شفاؤه « فينبغى ألا تطول مدته إلى الحد الذى يترتب عليه الضرر » [١] .

وفى اتجاه آخر تقرر انه إذا كان المرض قابلا للشفاء متى توافر علاجه ، وقرر الأطباء ذلك ، « فلا يصح أن يعتبر هذا المرض سببا للطلاق ، حتى إذا طالت مدة العلاج ، وإلا كانت الحياة الزوجية متوقفة على إصابة أحد الزوجين بمرض من هذا النوع » [٢] .

وتضع الشريعة الاسلامية فى هذا الصدد حلا معقولا يمكن إدخاله فى الاعتبار

---

(١) وفى حالة الإصابة بمرض السل رأت المحكمة الاستعلام من مستشفى الأمراض الصدرية عن حقيقة المرض ، وتاريخ الإصابة به وأثره وما إذا كان يرجى شفاؤه والمدة اللازمة لذلك (القاهرة الابتدائية فى ٩-٣-١٩٥٧ - خفاجى ورابح ص ٧٦) .

(٢) استئناف القاهرة فى ١١-٦-١٩٥٨ رقم ٢١٩ س ٧٤ ق — المرجع فى الهامش السابق ص ٧٩ .

عند الترجيح بين الاتجاهين السابقين ، إذ تنص المادة ٩ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أن « للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذاوجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص . . . ». وفى القانون الألمانى نص على أنه فى حالة الأمراض المعدية والمنفرة ، للزوج طلب التطليق إذا كان زوجه مصابا بمرض من هذا النوع ، متى كان الشفاء منه أو زوال خطر العدوى لا يمكن توقعه فى وقت محدد [١] .

على أنه ينبغى أن يراعى فى صدد هذه الأمراض بصفة عامة ، أن للسليم من الزوجين حق طلب التطليق مهما تقدمت الأيام بالزوجين ، وحتى إذا لم تكن الزوجة فى سن يخشى عليها فيه من الفتنة . ذلك لأن الأمراض هنا تختلف عن حالة العجز الجنسى . ففى حالة العجز الجنسى لا تكون هناك أية خطورة من إقامة الزوج السليم مع الآخر ، لأنه ليس من الأمراض المعدية ، فليست هناك خطورة على حياة الزوج السليم من حيث خطر العدوى . وهذا الخطر لا يتقيد بسن معينة .

ومن ناحية أخرى فان أمراض العجز الجنسى تعتبر من الأمراض التى يتوقع حصولها مع تقدم السن . وهذا فارق هام بين العجز الجنسى والأمراض الأخرى [٢] .

---

(١) المادة ٤٦ من القانون الصادر سنة ١٩٤٦ .

(٢) وفى حكم محكمة استئناف القاهرة فى ٢٩-٣-١٩٥٨ رقم ٢٢١ س ٧٤ . خفاجى ورابح ص ٧٨-٧٩) جاء « إن المرض المفضى إلى الطلاق لا يمكن أن يقال به بعد أربعين سنة من حصول الزواج ، إلا أن يكون هذا المرض بحالة معدية يخشى على الزوج السليم منها » انظر كذلك فيما سبق ص ٨٧٠ هامش ٣ .

١٦٥ ـ السبب الرابع : الاعتداء على الزوج الآخر .

تجعل الطوائف الأرثوذكسية من اعتداء أحد الزوجين على الآخر سببا للتطليق ، وذلك لما يحصل للمعتدى عليه من اضرار نتيجة لهـذا الاعتداء الذى تتنوع صوره لدى الطوائف المختلفة [١] .

وقد تعرضت المجموعات الحديثة للأقباط لهـذا السبب ، كما تعرضت له كتب الفقه عندهم . وتنص المادة مع ٥٣ من مجموعة ١٩٥٥ عندهم [٢] على أنه «إذا اعتدى أحدالزوجين على حياة الاخر أواعتاد إيذاءه إيذاء جسيما ، يعرض صحته للخطر ، جاز للزوج المجنى عليه أن يطلب الطلاق » [٣]

---

(١) وتذكر الخلاصة القانونية أساس التطليق فى هذه الحالة فتقول « إضرار أحـد الزوجين بالآخر إما فى دينه أو عرضه أو ذاته أو حقـوقه الشرعية ، على ما تقرر فى السبب الخامس والسادس والعاشر فى المسألة ٢٥ . فبما أن ذلك يهدم نظام واجبات الزيجة الموضـوعة من الله بأسرها ، صرحت القوانين بالفسخ بمقتضاها ... » (مسألة ٢٥ تحت القسم الثانى) .

وفكرة هذا السبب الأساسية نص عليهـا القانون المدنى الفرنسى فى المادة ٢٣٢ التى تتكلم عن التطليق للقسوة وسوء المعاملة والاساءة البالغة ، وهى صور مختلفة من إيذاء أحـد الزوجين للآخر ، ولكى تؤدى إلى التطليق يلزم أن تكون الأفعال المكونة للايذاء بصفة عامة على درجة معينة من الخطورة وأن يكون من شأنها جعل إبقاء الرابطة الزوجية أمراً غير مقبول . وتنص هذه المادة على ذلك بقولها : «ما عدا الحالات المنصوص عليها فى المواد ٢٢٩ و ٢٣٠ و ٢٣١ من التقنين المدنى الحالى - ليس للقضاة أن يحكموا بالتطليق بناء على طلب أحد الزوجين إلا بسبب القسوة وسوء المعاملة أو الاساءة من أحد الزوجين للآخر ، متى كانت هذه الأفعال تعتبر إعتداء خطيراً أو متكرراً على الواجبات والالتزامات الناشئة عن الزواج ، وكان من شأنها أن تجعل الابقاء على الرابطة الزوجية أمراً لا يحتمل » .

(٢) وهى تقابل المادة ٥٥ من مجموعة ١٩٣٨ .

(٣) انظر المادة ٨ والمادة ١٦ من القواعد الخاصـة **بالروم** الأرثوذكس . وانظر المواد ٤١ و ٤٩ و ٥١ بالنسبة **للأرمن** . وانظر المادة ٩٠و٩٢ من مجموعة السريان ، وهى لا تخرج عما جاءت به كتب الفقه لدى الأقباط .

ويمكننا فى هذا الصدد أن نفرق بين حالتين : حالة الاعتداء على الحياة وحالة الاعتياد على الايذاء إيذاء جسيما ، من شأنه أن يعرض صحة المعتدى عليه للخطر . ونتكلم عن كل من الحالتين ، وما يمكن أن يدخل تحتهما من صور الاعتداء ، وآثاره .

(١) **الحالة الاولى ، الاعتداء على حياة الزوج الآخر** : يجيز هذا الاعتداء للمعتدى عليه طلب التطليق لأنه يكشف عن غدر وخيانة وإخلال بالالتزامات الناشئة عن الزواج . والاعتداء فى هذه الحالة قاصر على صورة الاعتداء على حياة الزوج الآخر . ولا تختلف المجموعات الحديثه عما جاءت به كتب الفقه لدى الأقباط فى شأن هذه الحالة [1] .

كما أن هذه الأحكام لا تختلف عما جاءت به مجموعات الطوائف الأخرى [2]

---

(١) فيقرر ابن لقلق أن الزيجة تنفسخ إذا كان أحد الزوجين يدبر على « فساد حياة الآخر » ملحق ابن العسال ص ٢٤ . كما يتكلم ابن العسال عن حالة ما إذا كان أحدهما يعمل على حياة الآخر . ويورد فى هذا الصدد كذلك أنه إذا « دبرت المرأة على حياة زوجها بأى وجه كان ، أو علمت أن آخرين يحرضون على ذلك فلم تظهره له » . وهذا هو الحكم فى حالة ما إذا كان الزوج نفسه يدبر على حياة زوجته بأى وجه كان . (ابن العسال ، السابق ص ٢١٤ و ٢١٨ و ٢١٩) . وقد جاءت الخلاصة القانونية بعبارات عامة شاملة لكل صور الاعتداء فنصت المسألة ٢٥ منها على أنه « إذا تحيل أحد الزوجين على إضرار حياة الآخر بأية وسيلة كانت أو علم أن آخرين يسعون فى ذلك فيكتمه ولم يظهره لقرينه ، ثم انكشف الأمر وثبت ذلك يفسخ الزواج ويفارق الخائن » .

(٢) انظر المادة ٩٢ من مجموعة السريان وهى لا تخرج عما جاء فى الخلاصة القانونية على ما ورد فى الهامش السابق وتنص المادة ٨ من القواعد الخاصة **بالروم** على أن « لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لتعدى الآخر على حياته » . وهو نفس ما تقرره المادة ١٤٤٠ من القانون المدنى اليونانى ، أما **الأرمن** فتتكلم المادة ٤١ من مجموعتهم عن أن شروع أحد الزوجين فى قتل الآخر يبرر الطلاق .

والاعتداء على الحياة قد يقع مباشرة من أحد الزوجين على الآخر ، وقد يقع بتدبير أحدهما مع آخرين ، أو بتدبير آخرين على حياة أحد الزوجين مع علم الآخر وكتمانه عنه ذلك التدبير على حياته [١] . وقد يتوافر في هذا الصدد قواعد الاشتراك سواء بالتحريض على حياة الزوج الآخر أو بالاتفاق أو المساعدة ولكن لا يتم الاعتداء . فمتى انكشف ذلك وثبت اشتراكه على هذا النحو ، أو حتى إذا ثبت علمه بتدبير الغير على حياته ، ولكنه كتم ذلك عنه ، كان للزوج الآخر طلب التطليق .

والاعتداء يجب أن يكون مدبرا مقصوداً أي ينبغي أن يقع عن عمد ومعرفة وتقدير لما يقوم به الشخص من أفعال ، وأثر هذه الأفعال من حيث الإضرار بالآخر . فلا يكفي أن يرتكب أحد الزوجين ، عن غير قصد ، فعلا يعتبر اعتداء على حياة الآخر حتى يكون لهذا الأخير طلب التطليق . ولهذا إذا ما وقع من أحدهما فعل من هذا القبيل ، ولم يكن مقصودا من ورائه الاعتداء على حياة الآخر [٢] ، فلا يكون للمعتدى عليه طلب التطليق ؛ لأن الاعتداء لم يكن مقصودا . وهذا هو الحكم كذلك في كل حالة يقع فيها الاعتداء من أحد من الزوجين على الآخر ، متى كان الفعل قد وقع منه وهو لا يدرك أفعاله ، بأن كان به عارض من عوارض الأهلية كالجنون ــ مالم تتوافر أسباب التطليق للجنون ، بطبيعة الحال ــ

---

(١) وهذا ما يفهم من كتب الفقه لدى الأقباط ، ومن المادة ٩٢ سريان . وإذا كانت المجموعات الحديثة لا تتكلم صراحة عن اشتراك الزوج مع آخر أو علمه بتدبير الآخرين على حياة زوجه ، فانها لا تمنع من الوصول إلى الحكم الذي أوردته كتب الفقه .

(٢) كأن يقدم له دواء فيخطىء ويقدم له مادة سامة ويسعف بالعلاج ، أو يقع منه ــ خطأ ــ أي فعل آخر يعد اعتداء على الحياة ، أو يقوم بفعل يعد اعتداء ولكنه يكون حالة دفاع شرعي .

ذلك أن الاعتداء يعتبر إخلالا بالالتزامات التى يفرضها الزواج ، ولا يمكن أن يقال إن المجنون يقع منه إخلال بهذه الالتزامات .[1]

والاعتداء على الحياة ليست له صورة محددة ، فهو يكون بأى وجه ، وبأية وسيلة إذ لا تهم وسيلة الاعتداء فى هذا الصدد ، طالما كان من شأنها أن تؤدى إلى الإضرار بحياة المعتدى عليه . والقضاء هو الذى يقدر متى تكون الوسيلة المتبعة اعتداء على حياة الشخص. لكن إذا صدر على أحد الزوجين حكم بالادانة فى جريمة الشروع فى قتل الزوج الآخر كان هذا دليلا قاطعا على توافر سبب التطليق . ولكن هذا لا يعنى أنه لا يمكن أن يستند إلى أفعال الاعتداء إذا ما حكم بالبراءة على الزوج ، بل إنه يمكن الاستناد إلى الأفعال الصادرة من أحد الزوجين ، ولو صدر حكم ببراءته، متى كانت هذه الأفعال تعتبر محاولة للاعتداء على الحياة [2] .

وعبارة الاعتداء على حياة الزوج الآخر أو التدبير عليها قد توحى بأن المعتدى ينبغى أن يرتكب فعلا يعتبر شروعا فى قتل الآخر ، كأن يحاول قتله بأية وسيلة من الوسائل ـ وهى ماتنص عليه صراحة القواعد الخاصة بالأرمن الأرثوذكس (مادة ٤١) . الا أنه يمكن أن يدخل تحت صورة هذا الاعتداء أى عمل من أعمال العنف من شأنه أن يعرض حياة المعتدى عليه للخطر متى كان الاعتداء مدبرا مقصودا .

---

(١) انظر فى هذا المعنى : أوبرى ورو السابق (طبعة ٦) الجزء السابع ص ٢٢١ وهامش ١٢ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى ما ورد بالنسبة لنص المادة ١٤٤٠ من القانون المدنى اليونانى « جميل الشرقاوى ـ البحث السابق ص ٢٩٧ » .

ويفسر القضاء الفرنسى كلمة القسوة excés الواردة فى المادة ٢٣٢ مدنى بأنها كل محاولة يقوم بها أحد الزوجين على حياة الآخر أو كل عمل من شأنه أن يعرض حياة هذا الأخير للخطر [١] .

(٢) الحالة الثانية : هى التى لا يصل فيها الأمر إلى مرتبة الاعتداء على حياة الزوج الآخر .

ولهذا نجد أن بعض المجموعات تستلزم أن يقع الاعتداء هنا على سبيل الاعتياد والتكرار ، ناظرة إلى أن فى تكرار الاعتداء ، ما يرقى به إلى مصاف الاعتداء على الحياة من حيث الأثر ، ومن حيث الإضرار بالمعتدى عليه [٢] . وعلى هذا يلزم هنا ـ طبقا لما تقضى به بعض المجموعات الحديثة ـ أن يقع اعتداء جسيم يؤدى إلى الإضرار بالزوج الآخر ، وأن يكون ذلك على وجه الاعتياد . ونتكلم عن هاتين الناحيتين اللتين ينبغى توافرهما .

---

(١) محكمة باريس فى ٢٠ أكتوبر ١٨٨٦ منشور (D.P.88.2.101-102) . ومونبلييه فى ٥ فبراير ١٨٩٥ (D.96.2.101) . وأنظر أيضاً نقض فرنسى « عرائض» فى ١٠ يوليو ١٩٠٠ : (D P. 1900.1.471) وانظر فى تفسير الفقه الفرنسى لهذه الكلمة : أوبرى ورو ، السابق ص ٢٢١ .

وقد ظهرت كلمة excés فى المجموعة الفرنسية لتحل محل نص المشروع الأول الذى كان يجعل من محاولة اعتداء أحد الزوجين على حياة الآخر سبباً للتطليق إذ كان ينص على أن : L' attentat de l' un des époux à la vie de l'autre sera pour celui-ci uue cause de divorce.. وأنظر فى سبب حذف النص وإحلال كلمة excés ، أوبرى ورو ، السابق ص ٢٢١ وهامش ١٣ . وانظر أمثلة وصوراً للاعتداء فى هذا الصدد أوردها محمد عمر ، التى بقطر ، السابق ص ٣٦٠ .

(٢) وقد قضت المحاكم الفرنسية بأن إساءة injure واحدة ، ولو كانت فى غير علانية ، يمكن ان يتوافر معها سبب التطليق ، متى كانت على درجة كافية من الجسامة » ـ نقض عرائض فى ٥ فبراير ١٩١٢ (D P.1914.1.323) وفى ٧ فبراير ١٩٣٨ (D.H.1939.138) وكذلك فى ٥ ديسمبر (D.1953. Somm.13) .

(١) **الاعتيــاد** : لـكى يمكن طلب التطليق فى هذه الحالة يجب أن يقع الايذاء بأحد الزوجين من الآخر على وجه الاعتياد . وهذا ما تتطلبه المجموعات الحديثة للأقباط . وهو ما تتطلبه بعض المجموعات الخاصة بالطوائف الأخرى[١] . وعلى هذا لا يكفى أن يقع الاعتــداء مرة واحدة ، بل لا بد أن يتـكشف أن أحــد الزوجين قد جعل من إيذاء الزوج الآخر عادة معتادة له ، ويتكرر إيذاؤه له[٢] ، إذ أن فى تـكرار الإيذاء والاعتياد عليه ما يكشف عن خطورة الأمر بالنسبة للحياة الزوجية ، فيجعلها غير محتملة ، وفى الابقاء عليها إضرار بالطرف الآخر .

وتقدير توافر حالة الاعتياد على الايذاء من الأمور التى تترك لقاضى الموضوع فهو يقدر عدد الوقائع التى يمكن القول معها بتوافر الاعتياد . ولـكن لا يلزم أن تـكون الوقائع المـكونة للاعتداء من نوع واحــد ، كاعتياد الزوج على ضرب زوجته مثلا ، أو اعتياده على اتهامها بأمر معين مثلا . بل قد يتوافر الاعتياد على الإيذاء من تـكرار وقائع مختلفة تـكون كل منها إساءة ، كاتهام الزوجة، على غير أساس، بسرقة ، وإيذائها بالضرب ... فكل واحدة من هذه الوقائع تعد اعتداء

---

(١) فتنص المادة ٥١ من مجموعة **الأرمن** على انه يحـكم بالطلاق « إذا تـكرر اعتداء احد الزوجين على شخص الاخر . . . » .

وانظر فى تطبيق حكم هذا النص واستلزام تـكرار الاعتداء ، وانه لا تكفى واقعة واحدة كالضرب مثلا ، حكما لمحـكمة القاهرة الابتدائية فى ٢٤ - ١١ - ١٩٥٧ قضية رقم ٢٢٦ س ١٩٥٧ خفاجى ورابح السابق ص ١١١) .

(٢) انظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية المشار إليه فى الهامش السابق . وانظر كذلك أحكام استئناف القاهرة فى ٢٧-٦-١٩٥٦ و ١٠-٥-١٩٥٧ و ٢٢-٥-١٩٥٧ فى المرجع المشار إليه بالهامش السابق ص ١٠٧ـ١٠٨ .

وقد يتوافر الاعتياد من تكرار اعتدائه بمثل هذه الوقائع المتنوعة ، كالاعتداء بالضرب ، ثم الاتهام بسرقة ، أو بالزنا ... [١] .

(ب) الاعتداء على الزوج الآخر : يلزم أن يكون هناك اعتداء يترتب عليه إيذاء الزوج الآخر إيذاء جسيما . وتستلزم المجموعات الحديثة للأقباط أن يكون الايذاء جسيما ، وأن يكون من شأنه أن يعرض صحة الزوج الآخر للخطر . وهذا يعنى أنه يجب أن يدأب أحد الزوجين على مضايقة الآخر وإيذائه إيذاء جسيما مما يؤدى إلى الإضرار به إضرارا يعرض صحته للخطر .

ولا تهم وسيلة الاعتداء ، فهو يقع بأية وسيلة ـ مادية كانت أو معنوية . إذ العبرة بأثره من حيث الإضرار بالزوج المعتدى عليه وإيذائه إيذاء جسيما . ونفرق بين الاعتداء المادى والاعتداء المعنوى .

الاعتداء المادى : لا يثار خلاف فى الفقه والقضاء حول هذه الوسيلة من وسائل الاعتداء . وليست هناك طريقة معينة يقع بها ، إذ يمكن أن يقع بالضرب ، وهو الوسيلة المألوفة فى هذه الحالة ، كما يمكن أن يقع بأية وسيلة مادية أخرى يتحقق بها الإضرار . فقد يعتاد أحد الزوجين ضرب الآخر ضربا مبرحا ، وفى هذه الحالة يعد تكرار الاعتداء بالضرب سببا للتطليق . وقد يتخذ الاعتداء صوراً أخرى ، كما إذا استعمل الزوج حقه فى الاتصال بزوجته بطريقة فظة قاسية بأن يفرض عليها ذلك بطريقة مبالغ فيها ، مضرة بصحتها ، أو كأن يستعمل حقوقه بطريقة شاذة غير طبيعية ، بأن يأتيها من الخلف ، مما يسبب لها إيلاما جسيما

---

(١) هذا ويراعى أن استلزام الاعتياد على الايذاء أو تكراره هو ما تنص عليه بعض المجموعات الحديثة كما سبق . أما كتب الفقه فيبدو أنها لا تستلزم ذلك ، كما سنرى بعد قليل ، عند كلامنا عن الحالات التى تعتبر إيذاء جسيما .

ويعرض صحتها للخطر كذلك[1] . وبصفة عامة يعتبر إيذاء كل ما يمس سلامة الشخص الآخر ويكون من شأنه أن يؤدى إلى الإضرار به[2] . هذا ولما كان الاعتداء من الوقائع المادية فإنه يثبت بكافة طرق الإثبات . ويستدل عليه بكل ما يكشف عنه ، كأن يترك أثرا ظاهرا فى الجسم ، كما فى حالة الضرب أو أن يترك آثارا أخرى تبدو أعراضها على جسم الشخص أو على صحته بصفة عامة . ويقرر أهل الخبرة صلة ما يبدو من أعراض على جسم المعتدى عليه بوسيلة الاعتداء[3] .

الاعتداء المعنوى : رأينا أن وسيلة الاعتداء قد تكون مادية وقد تكون معنوية ، وإذا كان الأمر مسلما به بالنسبة للاعتداء المادى ، فان الخلاف يثور حول ما إذا كان يمكن أن يتحقق الاعتداء بوسائل أدبية . ومع ذلك فانه يمكننا أن نقرر أن الاعتداء كما يتحقق بوسائل مادية يمكن أن يتحقق كذلك بوسائل معنوية ، ويرتب من الآثار — من حيث الإضرار بالزوج الآخر — ما يرتبه النوع الأول من الاعتداء .

---

(١) وفى فرنسا يعد هذا قسوة تجيز طلب التطليق. انظر كولان وكابيتان وليون جوليو دولامورانديار ، السابق فقرة ١١٤٠ والأحكام المشار إليها فى هذا الصدد . وانظر مع ذلك المادة ٢/٤٩ من مجموعة **الأرمن** حيث تنص على أنه : « كذلك يقضى بالطلاق إذا استبدل الزوج بالطريق الطبيعى للاتصال الجنسى طريقاً مخالفاً للطبيعة والقانون » .

(٢) ويراعى فى صدد الاعتداء هنا أنه ينبغى أن يعد تجاوزاً لحق الزوج فى تأديب زوجته. فاذا كانت الشريعة الطائفية تقرر للزوج هذا الحق ، فلا تعد ممارسته من الاعتداء فى شيء طالما كانت فى الحدود المشروعة .

أما إذا لم تكن الشريعة الطائفية تقرر هذا الحق ، أو حصل تجاوز فى حالة الشرائع التى تقرره ، فان الفعل يعد إيذاء يخضع للقواعد التى نتكلم عنها ، متى توافرت شروطه .

(٣) وقد يعين فى الاثبات ما يتم بين الزوجين من قبل ، مثل عمل مذكرة أو تقديم شكاوى لدى الجهات المختصة ، أو صدور أحكام جنائية على المعتدى ... إلى غير ذلك .

وهذاهو مايفهم من نصوص المجموعات الحديثة للأقباط ، إذ يمكن القول إنها تحتمل هذا المعنى وإن لم تنص علية صراحة . ذلك أنها لم تفرق بين وسيلة وأخرى من وسائل الاعتداء ، إذ تنص على أنه «إذ اعتاد إيذاءه إيذاء جسيا يعرض صحته للخطر ...» . هذا النص لا يقصر الإيذاء على نوع دون آخر ، بل إنه مطلق ينصرف إلى كل إيذاء — أيا كانت وسيلته — متى توافر فيه الوصف المطلوب ، وهو كونه جسيما، وطالما كان يقع على سبيل الاعتياد، وكان من شأنه أن يؤدى إلى النتيجة المنصوص عليها ، وهى تعريض صحة المعتدى عليه للخطر. وبالاضافة إلى ذلك فانه ينبغى أن يراعى أن من صنوف الإيذاء المعنوى مايؤدى إلى الإضرار بالمعتدى عليه أكثر من أى نوع آخر من أنواع الإيذاء ، وخاصة لدى بعض الأشخاص ، فى أوساط معينة .

ومن جهة أخرى فان كتب الفقه لدى الأقباط الأرثوذكس لا تفرق بين وسيلة وأخرى[1]. كما أنها تتكلم جميعها عن وسائل متعددة للايذاء والإضرار بالزوج

---

(١) فمن العبارات التى أوردها ابن العسال وغيره من فقهاء الطائفة ، والتى تتكلم عن « مضاجرة أحدهما للآخر مضاجرة يظهر استمرار الظلم الفاحش فيها » ، يتبين أنها لا تفرق بين وسيلة وأخرى من أنواع المضاجرة . ويبين ابن العسال أن هذا الأمر محل خلاف (المرجع السابق ص ٢١٤) . والذى يهمنا فى هذا الصدد هو عدم التفرقة بين وسائل مضاجرة أحد الزوجين للآخر . وهذا هو نفس ما أورده ابن كبر فى مؤلفه مصباح الظلمة وإيضاح الخدمة (الباب العشرين) إذ أورد « أن مما يفسخ الزيجة أن يعمل أحد الزوجين على فساد حياة الآخر . أما فى مضاجرة أحدهما الآخر مضاجرة ظاهرة فاحشة ، ففيه خلاف » (أشار إلى هذا النص محمد نمر وأنى بقطر ، السابق ص ٣٥٨) . ولا تفرق الخلاصة القانونية كذلك بين وسيلة وأخرى ، إذ تتكلم عن التحيل على « إضرار حياة الآخر بأى وسيلة كانت ... » . (المسألة ٢٠ السبب السادس) .

الآخر ، وهى وسائل لا يمكن إلا أن تكون معنوية [1] . هذه الوسائل التى تذكرها كتب الفقه ليست إلا وسائل معنوية للاعتداء على الزوج الآخر والإضرار به ، وإذا كان يباح للمعتدى عليه طلب التطليق فى هذه الحالة فذلك لما يحصل له من إيذاء [2] . ولا يختلف الحكم لدى الطوائف الأرثوذكسية الأخرى — فى جوهره — عما جاء بالنسبة للأقباط [3] .

(١) فابن لقلق (ملحق ابن العسال ص ٢٤) يجعل من بين أسباب الفسخ « أن يدبر الرجل على فساد عفة زوجته » . ويورد ابن العسال كذلك بين أسباب فسخ الزواج حالة التدبير على عفة المرأة أو اتهامها — على غير أساس — بالفجور . ويجعل ذلك مساويا فى الحكم لحالة التدبير على حياتها . فقد أورد فى ذلك أنه من الأسباب التى يمكن المرأة منها بحجة ظاهرة أن تبرز عن الرجل ، حالة ما إذا « دبر (الرجل) على عفتها وأسلمها لمن يفجر بها ، أو إن أشهد عليه أنه يثبت عليها الفجور فلم يمكنه أن يقيم البرهان على ذلك . . . » (ابن العسال ، السابق ص ٢١٩) . وتورد الخلاصة القانونية أيضاً حالة ما « إذا تحيل الرجل على إفساد عفة زوجته بأى سبب كان . كأن يعرضها للفساد لأى امرىء كان بأى وسيلة كانت » . كما تدخل فى الاعتبار كذلك حالة ما إذا « تحيل (الرجل) على فساد عقيدتها النصرانية أو عرضها لخطر ذلك . فذلك موجب لفسخ الزواج بينهما وتخليصها منه » (المسألة ٢٥ من الخلاصة) .

(٢) ويبدو من العبارات السابقة أنه لا يلزم أن يقع ذلك على سبيل الاعتياد ، فيكفى أن يدبر الرجل على عفة زوجته ويسلمها لمن يفجر بها ولو مرة واحدة ، كما يكفى كذلك أن يتهمها بالفجور على غير أساس ، ولو مرة واحدة ، وبذلك يكون للزوجة أن تطلب التطليق . وهذا خلافا للنص الوارد فى مجموعات الأقباط الحديثة ، والمجموعات الخاصة بالطوائف الأخرى التى تستلزم تكرار الاعتداء والاعتياد عليه .

(٣) فالمادة ٩٢ من مجموعة **السريان** تنص على أنه «إذا تحيل أحد الزوجين على الاضرار بحياة الآخر بأية وسيلة كانت . . . » كما تنص المادة ٩٠ على أنه « إذا تحيل الرجل على إفساد عفة زوجته بأى سبب كان ، كأن يعرضها للفساد ، لأى امرىء كان ، وبأية وسيلة كانت ، أو تحيل على إفساد عقيدتها النصرانية ، أوعرضها لخطر ذلك . فهذا موجب لفسخ الزواج بينهما ، وتخليص المرأة منه . . . » . وهذان النصان مطابقان لما جاءت به الخلاصة القانونية لدى الأقباط . أما **الأرمن** فقد نصت المادة ٥٠ على أن « يحكم بالطلاق بناء على طلب الزوجة إذا فسدت أخلاق الزوج وخصوصاً إذا دفع زوجته إلى الرذيلة بقصد المتاجرة بعفافها . ولا يقبل طلب الطلاق من الزوج فى هذه الحالة » . كما نصت المادة ٥١ على أنه «ويحكم أيضاً بالطلاق =

وقد اتجهت بعض أحكام القضاء إلى تأييد الأخذ بفكرة الاعتداء الأدبى . ويبين مما ورد فى هذا الصدد أن من الممكن الاستناد إليه كسبب للتطليق متى توافر الاعتياد . فقد لاحظت بعض الأحكام أنه إذا كان يفهم من المادة ٥٥ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط، حينما نصت على أن اعتياد أحد الزوجين إيذاء الآخر إيذاء جسيما يعرض صحته للخطر يجيز للمعتدى عليه طلب التطليق ، أن الإيذاء يجب أن يكون جسمانيا ، إلا أن « هناك من صنوف الأذى المعنوى ما هو أشق وأمر على النفس من الأذى الجسمانى ، فتكون نتيجته أيضا التأثير على صحة الإنسان السليم أكثر مما يؤثر عليها الضرب أو استعمال القسوة. ولذا ترى المحكمة عدم التزام حدود الألفاظ الواردة فى عجز هذه المادة [1] ، مما تتنافى معه حكمة النص ، مقررة أن الإيذاء الجسيم الذى يعرض الصحة للخطر قد يكون إيذاء معنويا » . وإذا كانت المحكمة قد قبلت الفكرة من حيث المبدأ إلا أنها لم تجب الزوجة إلى طلب التطليق لاتهام زوجها لها بالزنا (مع والده) مع أن هذا الاتهام يعد ايذاء جسيما لها ، لأن نص المادة ٥٥ يستلزم أن يتكرر مثل هذا الإيذاء ، وهو مالم يحدث فى الدعوى ، أى ينبغى أن يقع الاعتداء على سبيل

= إذا تكرر اعتداء أحد الزوجين على شخص الآخر ، أو إذا سلك أحدهما سلوكا معيباً لا يتفق مع الاحترام الواجب للزوج الآخر ، ولو لم تكن هناك أدلة على الزنا .. » وبالنسبة **للروم** إذا كانت المادة ٨ تجعل لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لتعدى الآخر على حياته ، فان المادة ١٦ تجعل للزوجة أن تطلب الحكم بطلاقها : « (١) إذا كان الزوج يجتهد معتديا فى ذلك على عفافها ، فيدفعها لتزنى مع آخرين . (٢) إذا اتهم زوجته أمام سلطة رسمية أو محكمة بارتكاب الزنا ، ولم يتمكن من إثباته » .

(١) ومع ذلك لم تكن المحكمة بحاجة إلى مثل هذا القول لأنه لا يفهم من عبارة « تعريض صحته للخطر » أن تكون وسائل الاعتداء مادية حتما .

التكرار [١] . والحكمة فى هذا - كما هو واضح - تعمل نصوص المجموعات الحديثة للأقباط ، وإن كان يراعى أن كتب الفقه عندهم لا تستلزم مثل هذا التكرار فى هذه الحالة .

على أننا إذا كنا نرى إدخال الإيذاء الذى يتحقق بوسائل أدبية فى الاعتبار ، فاننا نعتقد أن وسائله لا تقف عند حصر . إذ يمكن أن تتحقق بكل وسيلة تؤدى إلى إلحاق أذى جسيم بالطرف الآخر والإضرار به [٢] ، على النحو الذى تنص عليه القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة . سواء تم ذلك عن طريق التدبير على عفة الزوجة ، أو التحيل على فساد عقيدتها ، أو اتهامها - على غير أساس - بالفجور [٣] ،

---

(١) أنظر حكم محكمة المنيا الابتدائية فى ١٩٥٨/٤/١٠ أورده خفاجى وراجح ، السابق ص ١٠٩ - ١١٠ ومن الأحكام ما يتشكك فى كفاية الايذاء الأدبى لايقاع الطلاق عند الأقباط ، وإن كانت المحكمة تقرر أنها لم تتبين وقائع محددة للايذاء الأدبى . ومفهوم الحكم أنه لو وجدت وقائع محددة للايذاء الأدبى ما ترددت المحكمة فى الإجابة إلى طلب التطليق . (ينظر المرجع السابق ص ١١٠ والحكم صادر من استئناف القاهرة فى ٢٥ - ٦ - ١٩٥٨ . وقد كانت الزوجة تطلب التطليق على أساس اتهام زوجها لها - بحسن نية - أنها سرقت نقوده فقررت المحكمة من ظروف الدعوى أنه ليس فى تبليغ الزوج أية إهانة) .

ومن الأحكام ما لم يعتبر « السب » بألفاظ نابية سبباً للتطليق ، لأنه لم يبلغ حد الجسامة التى تبرر التطليق وفقاً لشريعة الاقباط (أنظر حكم القاهرة الابتدائية فى ١٤ - ١٢ - ١٩٥٧ المرجع السابق ص ١٠٨ - ١٠٩) .

(٢) وقد ورد فى مؤلف : محمد نمر ، وألفى بقطر (السابق ص ٣٦٢) أنه يعد إيذاء « اتباع وسائل تعذيب معنوية تؤدى إلى انحراف صحة المجنى عليه أو إصابته بمرض من طريق إغضابه وتنغيصه وإيلام نفسه إيلاما متكرراً » .

(٣) وقد رأينا فيما سبق سواء بالنسبة للاقباط أم بالنسبة للطوائف الأخرى أن التحيل على عفة الزوجة أو اتهامها بالفجور يعد إيذاء معنويا (أنظر ما سبق ص ٨٩٦/ ٨٩٧ هامش ١ ص ٨٩٧ .

وفى فرنسا حكم بأن الزوج الذى يتهم زوجته بالزنا ولم يستطع تقديم الدليل على اتهامه ، يعد أنه قد ارتكب إساءة فى حقها من شأنها أن تخول لها طلب التطليق (أنظر نقض فرنسى عرائض فى ٩ يناير ١٩٠٦ فى : D.P. 1906. 1. 136 وانظر كذلك : أوبرى ورو السابق ، جزء ٧ ص ٢٢٢ وهامش ١٨ والمراجع الواردة به) .

أو اتهامها — مع سوء القصد — بارتكاب جريمة من الجرائم كالسرقة ... إلى غير ذلك [1] . فهذه الأمور وأمثالها تعد من وسائل الاعتداء ، متى كان من شأنها أن تؤدى إلى الإيذاء والإضرار بالزوج الآخر على النحو السابق ، ومتى وقع ذلك على سبيل التكرار ، طبقا لما تستلزمه بعض المجموعات الحديثة كالأقباط والأرمن ، على نحو ما بينا .

وقد أدخلت بعض المحاكم فى اعتبارها عوامل متعددة يتكون منها الإيذاء مثل الهجر والامتناع عن الانفاق وإساءة العشرة ومحاولة دفع الزوجة إلى سلوك

---

(١) وبعض المجموعات الطائفية تجعل من بين أسباب التطليق حالة ما إذا أبى أحد الزوجين الاختلاط الزوجى ، أو رفض الاتصال الجنسى لغير مانع شرعى أو إذا قصر فى واجبات المعونة والنجدة والحماية التى يفرضها الزواج عليه نحو الزوج الآخر (أنظر المواد ٤٣ و ٤٤ و ٤٥ أرمن أرثوذكس) ، وهى أسباب يمكن عدها من قبيل الاعتداء ، وسنعرض لها فيما بعد كأسباب خاصة بهذه الطائفة .

وقد حكم فى فرنسا أنه يعد إساءة جسيمة بالغة تجيز طلب التطليق ، امتناع الزوج بإصرار وعن قصد ، خلال ثلاثة اشهر ، عن الاتصال الزوجى . وخاصة إذا لم يدع الزوج وجود عائق أو مانع جسمانى من ناحيته ، او وجود مقاومة من ناحية الزوجة (نقض عرائض فى ٢٠ نوفمبر ١٩٠٠ و ٦ فبراير ١٩٠٨ ، فى (D.P.1901.1.21) و (D.P. 1908, 1, 240) على التوالى وانظر كذلك : اوبرى ورو ، السابق ص ٢٢٤ وهامش رقم ٢٤) .

وقد اعتبرت المحاكم الفرنسية كذلك الهجر المتعمد صورة من صور الاساءة الجسيمة (انظر عرائض فى ٣ يناير ١٨٩٣ فى D.P.93. 1. 517 وكذلك الحكم فى حالة رفض الزوجة العودة الى منزل الزوجية ، بعد رفض طلبها الانفصال الجسمانى (ديجون ٢٣ نوفمبر ١٨٩٢ فى (D.P.93.2.273) . ولكن لا يعد الهجر أو عدم العودة إلى منزل الزوجية من قبيل الاساءة اذا كان هناك ما يبررهما من سلوك الزوج واعتدائه (نقض عرائض فى ٢٧ يناير ١٩٠٨ فى D. P. 1906. 1. 154. وانظر كذلك : أوبرى ورو ، السابق ص ٢٢٣ وهامش ٢٣ . هذا وتنص المادة ٤٦ من مجموعة الارمن الأرثوذكس على أنه «يجوز الطلاق إذا رفض أحد الزوجين معاشرة الآخر ، ما لم يكن لهذا الرفض مبرر » .

ونعتقد أنه يمكن إدخال الحالات السابقه ومثيلاتها فى الاعتبار متى توافرت فيها الشروط المطلوبة والواجب توافرها فى الايذاء الجسيم على نحو ما بينا فى المتن .

سبيل غير شريفة . . . ، مما يمكن القول معه ، بأنها تدخل فى الاعتبار ما بعد إخلالا بالواجبات الزوجية ، كالاخلال بالالتزام بالمساكنة وحسن المعاشرة والمساعدة [1].

وأيا كانت وسيلة الإيذاء - مادية أو معنوية - فانها تثبت بكافة الطرق باعتبارها واقعة مادية . ولقاضى الموضوع سلطة واسعة فى هذا الصدد فهو يقدر ما يعد من وسائل الاعتداء ماديا أو معنويا ، وما يدخل من هذه الوسائل فى الاعتبار ، كما يقدر جسامة الأفعال المكونة للاعتداء أيا كانت ، وأثرها على الزوج الآخر مع مراعاة أن هذا الأثر يختلف باختلاف الظروف . وتدخل المحكمة فى اعتبارها البيئة والوسط التى يعيش فيها الزوجان ومركز كل منهما من الناحية الاجتماعية ، إذ ما يعتبر إيذاء جسيما فى ظروف قد لا يعتبر كذلك فى غيرها ، وخاصة من حيث الإيذاء المعنوى ، لأن هذا الأمر نسبى . كما ينبغى أن يدخل فى الاعتبار كذلك الظروف التى وقع فيها من حيث قصد الإيذاء . فلو صدر فى ظروف عارضة دون أن تقصد الإساءة كما فى حالة غضب طارىء ، فلا يدخل فى الاعتبار . وينبغى كذلك أن يراعى ما وقع من الزوج الآخر - طالب

---

(١) فقد جاء فى حكم لمحكمة الاسكندرية أنه « حيث إن المادة ٥٣ من أحكام الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس (مجموعة ١٩٥٥) . . . تجيز فصم عرى الزوجية ، إذا اعتاد أحد الزوجين إيذاء الآخر إيذاء جسيما يعرض صحته للخطر . وحيث إن هجر الزوج لزوجته منذ ١٩٥٤ وامتناعه عن الانفاق عليها وإساءة عشرتها ، وجمعه الأشرار بمنزله لدفع زوجته فى طريق غير شريف بقصد الحصول على المال لإشباع هوايته فى شرب الخمر ولعب الميسر ، حسبما وضح من أقوال شهود الزوجة المدعية ، خاصة أن الزوج المدعى عليه لم يثر ثمة اعتراض على صدق تلك الوقائع ، كل ذلك ولا شك إيذاء جسيم يعرض صحتها للخطر مما يسوغ معه فصم عرى الزوجين بينهما ... » (الاسكندرية الكلية فى ٤-٢-١٩٥٨ رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٦ (غير منشور) .

التطليق - من اعتداءات يكون لها أثرها فى استثارة زوجه . وقد حكم فى فرنسا بأن العبارات الشديده التى تسىء إساءة جسيمة والتى يوجهها الزوج إلى زوجته ، ليس من شأنها أن تؤدى إلى طلب التطليق ، إذا كان يبدو أنها قد استثيرت بسبب سلوك الزوجة وكيدها لزوجها ؛ ومتى كان لها ما يبررها كذلك من حيث البيئة التى صدرت فيها [1] .

١٦٦ ـ السبب الخامس : تصدع الحياة الزوجية :

تمهيد : تقارب القواعد الخاصة بهذا السبب لدى الطوائف الأرثوذكسية :

تأخذ الطوائف الأرثوذكسية بهذا السبب من أسباب التطليق ، مع خلاف يسير فيما بينها من حيث الشروط المستلزمة لتطبيقه . فعند الأقباط تكلمت عنه كتب الفقه ، كما تكلمت عنه كذلك مجموعة ١٩٣٨ إذ نصت على أنه : « يجوز أيضاً طلب الطلاق إذ أساء أحد الزوجين معاشرة الآخر أو أخل بواجباته نحوه إخلالا جسيما ، مما أدى إلى استحكام النفور بينهما وانتهى الأمر بافتراقهما عن بعضهما ، واستمرت الفرقة ثلاث سنين متوالية » . وتكلمت مجموعة السريان على حكم هذه الحالة أيضا فقررت أنه إذا حدث ما يضر بنظام الزواج كوقوع الشر والخصام المتواصلين المؤذيين من أحد الزوجين للآخر فى استيفاء حقوقه الشرعية التى له على قرينه ، فينبغى على الرئيس الدينى تدارك الأمر بالنصيحة . فاذا ثبت حرمان الفريق الآخر من حقوقه الزوجية مدة ثلاث سنين متواصلة ،

---

(١) نقض عرائض فى ١٤ يناير ١٩٠٨ فى D. P. 1908. 1. 127 ومحكمة Colmar : فى ٢٥ يناير ١٩٣٩ فى D. H. 1939. 172 . وانظر كذلك نقض عرائض فى ١٦ فبراير ١٩١٤ فى D. P. 1917.1.184 . وانظر أيضاً : بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق رقم ١٠٩٦ ص ٤٠٣ ، وقارن : أوبرى ورو ، السابق ص ٢٢٠ وهامش ٩ و ١٠ و ١١ .

وترجح أنه لا وسيلة لامتزاج الزوجين ثانية ، فحينئذ يحكم بالتطليق بناء على طلب الزوج المظلوم[1] .

أما الأرمن فقد نصت المادة ٥٢ من مجموعتهم على أنه « .. لا يجوز الحكم بالطلاق إذ **وجد تنافر شديد بين طباع** الزوجين يجعل اشتراكهما فى المعيشة مستحيلا » . وأما شريعة **الروم** فانها إذا كانت تجعل من هـذا السبب سبباً مرجحاً للحكم بالتطليق ، إذا ما طلب التطليق استناداً إلى سبب آخر على ما جاء فى المادة ١٩ من قواعدهم ، فانه طبقا لما أدخل من تعديل عن القواعد الخاصة بهم فى أول فبراير ١٩٥٠ أضيفت المادة ١٤ (مكرر) بقرار بطريركى رقم١٧٦

---

(١) وقد نصت مجموعة السريان على هذه الحالة فى المواد ٨٧-٨٩ ، ولا يخرج ما جاء بهذه المواد عما أوردته الخلاصة القانونية فى المسألة ٢٥ . فتنص المادة ٨٧ على أنه «وما عدا ما ذكر ، إذا حدث ما يضر بنظام الزواج كوقوع الشر والخصام المتواصلين المؤذيين من أحد الزوجين للآخر فى استيفاء حقوقه الشرعية التى له على قرينه ، فمجرد حصول هذا لا يوجب الفسخ ، لأنه ربما يكون ناشئاً عن خبث نية من الفاعل بقصد إكراه قرينه على المفارقة . وإنما فى هذه الحالة ينبغى للرئيس تدارك الأمر بتحقيق التعدى والتصدى الواقعين ، ونصح المفترى وتوبيخه وتأديبه على ما تقتضيه الحال ، إلى أن يصطلحا ويتفقا فى العشرة الزوجية» . وتنص المادة ٨٨ على أنه « وإذا كان الخلاف واقعاً من الفريقين معاً ويرى الرئيس أنهما مشتركان فى التعدى فليؤدبهما بالتأديب الروحى ، حتى يتوبا وينصلح أمرهما » . وتنص المادة ٨٩ على أنه « أما إذا كان الخلاف صادراً من أحدهما دون الآخر ، ولم يكف المخالف عن فعله لا بالنصح ولا بالتوبيخ ولا بالتأديب الروحى ؛ وثبت للرئيس امتناعه عن قرينه وانحرام هذا القرين عن حقوقه الشرعية الزوجية مدة ثلاث سنين متواصلة ، وتوسط الكهنة ورئيس الكهنة فى ذلك التوسط الكافى ، ولم يهتد المفترى منهما ويرجع عن شره ، ورغب المظلوم حله من رباط الزيجة ، وترجح بالنظر الدقيق أنه لا وسيلة لامتزاجهما ثانية . فحينئذ للرئيس الروحى أن يمنع الظالم عن شركة الكنيسة حتى يتوب . وإن لم يتب ، يحسب كالوثنى والعشار . ويحكم بفسخ الزيجة حيث يباح للمظلوم بالزواج ، أما الظالم فلا يباح له ويعتبر مطلقاً » . وقد أضيف إلى هذا النص الأخير أنه يجب استعمال كل الوسائل لإصلاح البين بينهما ، فان لم يحصل نتيجة ، ترفع القضية لمقام البطريركى ليدقق فيها ، ثم يصدر الحكم الأخير فيها .

ونص فيها عل أنه يجـوز لـكل من الزوجين أن يطلب الطلاق فيما إذا نشب بسبب الآخر تصدع جسيم على آصرة الزواج ، يجعل استمرار الحياة الزوجية أو العودة إليها غير محتملة ومستحيلة على طالب الطلاق . وليس للمدعى حق الطلاق إذا كان الخطأ منسوباً إلى كلا الزوجين والتصدع فى آصرة الزواج إلى طالب الطلاق [١] .

ومن هذا يتبين لنا أن القواعد الخاصة بالطوائف الأرثوذكسية تتعرض لهذه الحالة . وهى كما يتضـح مما سبق لا تختلف فى جوهرها ، وإن استعملت تعبيرات مختلفة متنوعة عن الفـكرة ذاتها . فالأقباط يتكلمون عن استحكام النفور والفرقة بين الزوجين ، والسريان يتكلمون عمـا يضر بنظام الزواج كوقوع الشر والخصام ... والأرمن يتكلمون عن التنافر الشديد بين طباع الزوجين . والروم يتكلمون عن التصدع الجسيم عن آصرة الزواج ... ولهذا فإننا نتـكلم عن هذا السبب وشروطه بصفة عامة ، مع بيان ما تنفرد به القواعد الخاصة ببعض الطوائف من أحكام . ولـكن قبل أن نعرض لشروط قيام هذا السبب نشير إلى ما أثير من خلاف حول قبوله من حيث المبـدأ لدى طائفة الاقباط الأرثوذكس .

١٦٧ — **الاعتداد بهذا السبب لدى الأقباط الأرثوذكس** : أثير الخـلاف حول الاعتداد بهذا السبب أو عدم الاعتداد به على أثر خلو مجموعة ١٩٥٥ من الـكلام عنه . ولهذا فان من رأى تطبيق هذه المجموعة على منازعات الأحوال

---

(١) وهذا النص مأخوذ عن المادة ١٤٤٢ من القانون المدنى اليونانى. انظر فى التعليق على هذا النص : التقنين المدنى اليونانى (الأحوال الشخصية : جورج روبلوس (G. Rojlos) تعريب محمد على عرفه وعزيز خانكى ـ السابق ص ١٥٢–١٥٩ .

الشخصية الخاصة بالأقباط وقف لدى ماورد فيها من أسباب دون غيرها ، ولم ينظر إلى أى سبب آخر وارد فى مجموعة أخرى أو فى كتب الفقه لدى هذه الطائفة . وقررت بعض أحكام المحاكم فى هذا الصدد أن واضعى مجموعة ١٩٥٥ قد أسقطوا من نصوصها النص الخاص بالتطليق للفرقة والتى كانت تنص عليها مجموعة ١٩٣٨ من قبل . ولو قصدوا إجازة التطليق لهذا السبب لا بقوا النص القديم الوارد فى مجموعة ١٩٣٨[١] .

ولكن هذا الاتجاه من جانب بعض أحكام المحاكم لم يجىء معبراً عن الاتجاه الغالب . ذلك أن من يستعرض أحكام القضاء بصفة عامة يجد أن الاتجاه بينها يكاد يستقر ، إن لم يكن قد استقر بالفعل[٢] ، على إدخال هذا

---

(١) انظر محكمة المنيا الابتدائية فى ١٠-٤-١٩٥٨ رقم ٧ س ١٩٥٨ (خفاجى ورابح ، السابق ص ٨٤-٨٥) .

(٢) وهذا ما نتبينه من أحكام عديدة واردة فى هذا المعنى . من ذلك ما جاء فى حكم محكمة القاهرة الابتدائية (فى ٩-٣-١٩٥٨ رقم ٤٦٧ س ٩٥٧) من أن « قضاء هذه المحكمة قد استقر على اعتبار الفرقة سبباً من أسباب التطليق عند الأقباط الأرثوذكس إذا تكاملت أركانها المتعارف عليها ...» . وما جاء فى حكم المحكمة نفسها (فى ٥-٤-٥٨ وقم ٧٢٠ س ١٩٥٧) من أن قضاءها ـ المؤيد بقضاء محكمة استئناف القاهرة ـ قد جرى على الاعتداد بالفرقة كسبب من أسباب التطليق . . . وانظر كذلك استئناف القاهرة فى ١١-٦-١٩٥٨ رقم ٣٩ س ٧٥ ق . والأحكام السابقة أوردها خفاجى ورابح ، السابق ص ٨٣ و ٨٤ و ٨٦ على التوالى .

وانظر لمحكمة الاسكندرية حكما بتاريخ ٢٥-٦-١٩٥٩ رقم ٥٢ س ١٩٥٨ كلى (غير منشور) وهو يأخذ بهذا السبب من أسباب التطليق لدى الأقباط . وكذلك فى٢٧ نوفمبر ١٩٥٨ رقم ١٦ س ١٩٥٨ طلاق (غير منشور) ، وكذلك حكم استئناف الاسكندرية فى ٣٠ أبريل ١٩٥٩ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٩٥٨ بين أقباط أرثوذكس (غير منشور) . وكذلك المحكمة نفسها فى ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٩٥٩ ، بين أقباط أرثوذكس (غير منشور) . وكذلك فى القضية ١٩ و ٢١ س ١٢ قضائية ، جلسة ٢٠ نوفمبر ١٩٥٧ فى المرجع جزء ٢ لصالح حنفى رقم ٦١٠ ص٤٦٥ . وكذلك حكمها فى ١٦ =

السبب فى الاعتبار استناداً إلى ما جاء فى مجموعة ١٩٣٨ وما جاء فى كتب الفقه لدى هذه الطائفة . وهذا الاتجاه هو الذى نرجح الأخـذ به . ذلك أنه إلى جانب إجماع الأحكام الحديثة على الاعتداد به رغم عدم وروده فى مجموعة سنة ١٩٥٥ ، فانه لاإلزام فى الاستناد إلى الأحكام التى حوتها نصوص هذه المجموعة دون غيرها من المصادر الأخرى التى يرجع إليها لدى هذه الطائفة بالاضافة إلى أن المجالس الملية قد جرت على تطبيق أحكام مجموعة ١٩٣٨ منذ وضعهـا حتى إلغاء تلك المجالس ، مما يمـكن القول معه بأن هذا التطبيق قد كون عرفا يسانده ما جاءت به كتب فقه الطائفة والقوانين الـكنسية القديمة[1] . كل هذا فضلا

= ــ ١٠ ــ ١٩٦٠ (المجموعة الرسمية س ٥٩ عدد ٧و٨ رقم ٩٤ ص ٢٣٦) . وإذا كان يظهر من هذا الحـكم أن المحكمة قد استندت إلى الضرر كسبب للتطليق ، إلا أنها استندت حقيقة إلى استحكام النفور . فقد جاء فى حيثيات هذا الحـكم انه ثبت لدى المحكمة أن الخلاف استحكم أواره بين الطرفين . . . بحيث تعذرت الحياة الزوجية بين الزوجين ، وقامت الفرقة بينهما مدة استطالت . كما تبين من التقرير الذى تقدم به رجل الدين وكيل شريعة الأقباط ، المنتدب لفحص أوجه النزاع وإصلاح ذات البين أن الصلح قد أصبح متعذرا للشقاق الذى دب بينهما بعد ٨ أيام منذ قيام الزوجية . وتقول المحكمة « وحيث إنه إزاء ذلك ، ولما ثبت للمحكمة من تعذر قيام الحياة الزوجية للكراهية والعداوة بين الطرفين مدة استطالت أكثر من ثلاث سنوات رغم محاولات الصلح ، فان فى استمرار هذه الحالة على هذا الوضع إضراراً بالزوجين معاً ضرراً محققاً » . هذا ما قضت به المحكمة ، وهى فى الواقع تستند إلى استحكام النفور والفرقة ، وإن كانت المحكمة قد عادت بعد هذا وبينت أن التطليق إنمـا هو للضرر « الذى ينبغى أن يكون سبب التطليق الأصيل » ، كما قالت المحكمة باعتبار أن كل أسباب التطليق ما هى « إلا تطبيقات لفكرة جامعها مشترك هى أن الزوجية ينبغى أن تفسخ كلما كان فى بقائها ضرر » . والواقع أنه إذا كان الضرر يقوم وراء كثير من أسباب التطليق إلا أنه لا يعد سبباً مستقلا للتطليق ، وإنما لا بد للتطليق من سبب مباشر آخر كاستحكام النفور والفرقة فى مثل الحالة التى نحن بصددها . وانظر كذلك حكمها فى ٣٠ــ١٠ــ١٩٦٠ المجموعة الرسمية س٥٩ عدد ٧و٨ رقم ٩٥ .

(١) أنظر المسألة ٢٥ (السبب العاشر) من الخلاصة القانونية ، والاشارة فى هذا الصدد إلى القانون ٥٥ من قوانين نيقية .

عن أن التطليق هنا يكون بسبب استحالة الحياة بين الزوجين ، مما لا يتحقق معه أغراض الزواج .

ومما ينبغى أن نوجه النظر إليه ، فى هذا الصدد ، بل وبصفة عامة بالنسبة لمصادر شريعة الأقباط، أنه لا يجب أن ننظر إلى مجموعاتهم نظرتنا إلى القوانين العادية ، لأنها لم تصدر عن سلطة مختصة بسن التشريع ، ولهذا لا ينبغى القول بأن التنظيم اللاحق يلغى التنظيم السابق ، مما يؤدى بنا إلى القول بأن مجموعة ١٩٥٥ لم تلغ ما سبقها[1] .

على أننا إذا كنا نرى الاعتداد بهذا السبب بالنسبة لطائفة الأقباط ، فان هذا لا يعنى انفرادها به . بل إن الطوائف الأرثوذكسية الأخرى تدخله فى الاعتبار ، كما قدمنا[2] . ولهذا فاننا نعرض لشروط قيام السبب من أسباب التطليق .

١٦٨ – **شروط التطليق بسبب تصدع الحياة الزوجية** : يلزم للتطليق بسبب تصدع الحياة الزوجية أن تتوافر شروط معينة تختلف باختلاف الطوائف وسنعرض لها على ضوء ما جاءت به مجموعة ١٩٣٨ للأقباط ، مع بيان أوجه الخلاف بين ما جاءت به هذه المجموعة وما جاء فى كتب الفقه لديهم من ناحية، وبينها وبين ما جاءت به المجموعات الخاصة بالطوائف الأخرى من ناحية أخرى .

---

(١) ولهذا فاننا لا نقر ما ذهبت إليه بعض المحاكم من عدم أخذها بهذا السبب من أسباب التطليق الذى نحن بصدده بحجة أن الوقائع تمت فى ظل مجموعة ١٩٥٥ فتسرى عليها هذه المجموعة باعتبارها القانون الذى يحكم الوقائع التى تتم فى ظله ، وتبعاً لذلك لا تقضى بالتطليق لخلو هذه المجموعة من نص خاص بالتطليق للفرقة واستحكام النفور .

(٢) ويأخذ القانون الالمانى الصادر سنة ١٩٤٦ بهذا السبب أيضاً ، مع خلاف يسير (أنظر جميل الشرقاوى : البحث السابق ص ٣١٢ – ٣١٥) .

وتتلخص هذه الشروط فى ضرورة استحكام النفور بين الزوجين وأن تحصل بينهما فرقة ، وألا يكون طالب التطليق هو من ينسب إليه الخطأ .

اولا : استحكام النفور : لابد للتطليق فى هذه الحالة أن يستحكم النفور بين الزوجين . وهذا يعنى أنه لابد من أن يصل الأمر بينهما إلى حالة لايمكن معها إعادة الحياة الزوجية إلى مجراها الطبيعى ، إذ تتصدع أواصرها ، فتصير جحيما ، وتبعا لذلك يستحيل استمرارها، بحيث لايمكن أن تتحقق من ورائها أغراض الزواج . وبعبارة أخرى يمكن القول بأنه ينبغى أن تستحكم الكراهية بحيث يبلغ الأمر حداً يتعذر معه الإبقاء على الحياة الزوجية[1] .

وإذا ما ثبت ذلك لدى المحكمة بطريقة يقينية ، وتوافرت الشروط الأخرى، ولم تفلح كل مساعى التوفيق بين الزوجين كان على المحكمة أن تقضى بالتطليق . وقد يعين على إثبات ذلك ما يبدو من ظروف الدعوى ووقائعها[2] .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى أحكاما عديدة أوردها خفاجى ورابح ، السابق، وخاصة ص ٨٧ وما بعدها . وكذلك محكمة استئناف الاسكندرية فى ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ فى القضية ٦ لسنة ١٩٥٩ السابق الاشارة إليها .

(٢) فقد تستشف المحكمة ذلك من تبادل المنازعات والدعاوى أمام المحاكم (أنظر حكم محكمة الاسكندرية فى ٢٧—١١—٥٨ رقم ١٦ س ١٩٥٨ طلاق (غيرمنشور) . كما قد تتبين ذلك أيضاً من طباع كل من الزوجين ، وعدم قدرته على مسايرة طباع الآخر (استئناف القاهرة فى ١٩ - ١٢ - ١٩٥٨ رقم ١٣١ س ٧٣ ق ـ خفاجى ورابح ، ص ٨٨) ... وقد جاء فى حكم لمحكمة الاسكندرية (فى ١٦ أبريل ١٩٥٧ رقم ٩١ س ١٩٥٦ كلى ـ غير منشور) أنه إذا « ثبت أن الحياة الزوجية قد تصدعت وأصبحت مستحيلة ، وبالتالى لم يعد فى الامكان تحقيق الغايات المقصودة من الزواج ، وخاصة أنه قد سبق الحكم بالطلاق من المجلس الملى وحاول الزوج بعد ذلك إصلاح ما كان والعودة إلى الحياة الزوجية فساءت الحال وطردته الزوجة وأصرت على عدم العودة ، وقد استمر هذا الحال مدة كادت تصل الى الخمس سنوات لا يمكن التوفيق بينهما .... فان ما سبق بيانه وما قام من ظروف الدعوى يكفى لايقاع الطلاق » .

=

أما إذا لم يصل الأمر إلى هذا الحد ، أى إذا لم تبلغ الخصومة والنفور بين الزوجين حداً لا أمل بعده فى عودة الحياة الزوجية ـ وهذه مسألة يقدرها القضاء ـ فان ما يقع بينهما لا يعتبر من قبيل التصدع ، ومن ثم فلا يجوز التطليق [١] .

على أنه إذا كان جوهر هذا الشرط هو أن يستحكم النفور بين الزوجين ، بحيث تتصدع الحياة الزوجية ، فان القواعد الخاصة **بالاقباط** تقضى بأن يكون ذلك بسبب إساءة أحد الزوجين معاشرة الآخر أو إخلاله بواجباته نحوه إخلالا جسيما [٢] . وهذا يعنى أنه ينبغى أن يثبت خطأ فى جانب أحد الزوجين . ويتمثل الخطأ هنا فى إساءته معاشرة الآخر ، أو بصفة عامة فى الاخلال بواجباته نحوه إخلالا جسيما . وإثبات الخطأ مسألة لازمة سابقة على التحقق من استحكام

= وقد قضت محكمة استئناف الاسكندرية فى حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ أبريل ١٩٥٩ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٩٥٨ (بين أقباط ـ غير منشور) بالتطليق حيث ثبت لها أن الزواج « كان زواجا فاشلا لم يحالفه التوفيق منذ البداية . . . » . وهذا ما يتضح كذلك من حكم استئناف الاسكندرية فى ١٦ ـ ١٠ ـ ١٩٦٠ (المجموعة الرسمية س ٥٩ عدد ٧ و ٨ رقم ٩٤ ص ٢٣٦) السابق الاشارة اليه ص ٩٠٦ بالهامش .

(١) أنظر استئناف القاهرة فى ٢٤ ـ ٤ ـ ١٩٥٧ رقم ٢٠ س ٧٤ ق ـ خفاجى وراجع السابق ص ٩٠ .

وقد رفضت المحاكم طلب التطليق عندما تبين لها « أن كلا الزوجين لا يضمر الكراهية للآخر وأن عودة الحياة الزوجية غير متعذر » (القاهرة الابتدائية فى ١ ـ ١٢ ـ ١٩٥٦ المرجع السابق ص ٨٧) . كما رفضت التطليق كذلك متى أبدى أحد الزوجين فى كافة مراحل النزاع حرصه على المعيشة المشتركة ، وقرر أنه لا يزال يرحب بالصلح ، وأنه لا يكره الآخر (استئناف القاهرة فى ١٣ ـ ٣ ـ ١٩٥٧ رقم ١٤ س ٧٤ ق السابق ص ٨٨ وكذلك أحكاما أخرى فى ص ٨٩ ـ ٩٠ من المرجع نفسه) .

(٢) وبذلك يقرب هذا السبب من السبب السابق الخاص بالاعتداء على الزوج الآخر ، وأن كان يراعى ان ما يمكن نسبته من خطأ الى أحد الزوجين فى هذه الحالة أوسع نطاقا من السبب السابق (انظر كذلك : ايهاب اسماعيل ، رسالته ص ٢١٢) .

النفور ، فهذه الحالة الأخيرة تكون نتيجة لتوافر سوء المعاشرة أو الاخلال بالواجبات الزوجية . وهذا ما ينبغى أن تتحقق منه المحكمة . ولذلك فان على المدعى أن يثبت الخطأ فى جانب الآخر ، فيثبت أنه أساء معاشرته أو أخل بواجباته نحوه إخلالا جسيما ، ويدخل فى الاعتبار كل إخلال بواجب من الواجبات التى يفرضها عقد الزواج على النحو السابق بيانه [1] .

وقد جاءت الخلاصة القانونية [2] بالمعنى السابق الذى جاءت به مجموعة ١٩٣٨ لدى الاقباط ، فقررت أنه « إذا حدث ما يضر بنظام الزواج ، كوقوع الشر والخصام المتواصلين المؤذيين من أحد الزوجين للآخر ظلما ، كممانعة أحدهما للآخر فى استيفاء حقوقه الشرعية التى له قرينه المقررة بالمسألة ١٩ ، فبمجرد حصوله هذا لا يوجب الفسخ ، لانه ربما يكون ناشئا عن خبث نية من الفاعل بقصد إكراه على المفارقة . وإنما فى هذه الحالة ينبغى للرئيس تدارك

---

(١) انظر فيما سبق ص ٦٨٨ وما بعدها .

وقد يكون الاخلال ناشئا من عدم اعداد الزوج مسكناً خاصاً لزوجته . وعلى هذا اذا ثبت من استقراء مراحل النزاع ان « الفرقة لم تنشئها الزوجة الا نتيجة إخلال الزوج بواجباته الجوهرية نحوها ، وتعدد اساءاته لها بعدم تهيئته مسكناً خاصاً مستقلا بها ، بعد ان تعذر على الزوجة المدعية الإقامة مع والديه فى مسكن واحد ، واصراره على ذلك رغم استفحال النزاع » . فان الخطأ يكون راجعاً الى الزوج دون الزوجة (حكم الاسكندرية فى ٢٧ - ١١ - ١٩٥٨ رقم ١٦ س ١٩٥٨ - غير منشور) .

وقد جاء فى حكم استئناف الاسكندرية فى القضية رقم ٦ لسنة ١٩٥٨ بتاريخ ٣٠ أبريل ١٩٥٩ ، سالف الذكر ، أن « المستأنف عليه (الزوج) هو المتسبب فى الفرقة بفعله وتصرفاته مع المستأنفة ، تلك التصرفات التى لا تتفق وروح الشريعة ، حيث دأب على إنفاق أمواله على موائد الميسر والاعتداء على زوجته وإساءة معاملتها ، ثم انتهى به الأمر إلى اغتصاب مصوغاتها وطردها من منزل الزوجية ، كما أنه رفض الصلح معها رغم وساطة أحد رجال الكنيسة فى ذلك ... » وانظر أيضاً حكما آخر للمحكمة نفسها فى ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ فى القضية رقم ٦ لسنة ١٩٥٩ .

(٢) المسألة ٢٥ - السبب العاشر .

الأمر بتحقيق التعدى والتصدى الواقعين، ونصح المفترى أو توبيخه أو تأديبه على ما تقتضيه الحال إلى أن يصطلحا ويتفقا فى العشرة الزوجية ... » . وتورد الخلاصة بعد هذا أنه « إذا كان الخلاف صادرا من أحدهما دون الآخر ولم يكف المخالف عن فعله لا بالنصح ولا بالتوبيخ ولا بالتأديب الروحى، وثبت للرئيس امتناعه عن قرينه وانحرام هذا القرين من حقوقه الشرعية الزوجية ، واستمر الفريقان منفصلين عن بعضهما غير مختلطين الاختلاط الزوجى مدة ثلاث سنوات متواصلة ببعضها ، وتوسط الكهنة ورئيس الكهنة فى ذلك التوسط الكافى ، ولم يهتد المفترى منهما ويرجع عن شره ، ورغب المظلوم حله من رباط الزيجة ، وترجح بالنظر الدقيق أنه لا وسيلة لا متزاجهما ثانيــة ، فحينئذ للرئيس الروحى أن يجرى ما صرح به القانون » . وواضح من هذا أنه يلزم أن تسوء المعاشرة وأن يسود الشر والخصام بين الزوجين ، أو أن يخل أحدهما بواجباته نحو الآخر ، كأن يمنعه من استيفاء حقوقه الشرعية ، لكى يعد هذا الإخلال جسيما . ولا يكفى الادعاء بحصول مثل هذه الأمور ، وإنما ينبغى أن يثبت ذلك لدى القضاء ، وأن تثبت خطورته على الحياة الزوجية وجعل استمرارها أو الابقاء عليها مستحيلا ، كما ينبغى كذلك أن يثبت لدى القضاء أن تلك الأمور لم تحدث من الفاعل (المدعى) بقصد إكراه الزوج الآخر على المفارقة التى تبرر الطلاق ، وهو ما يتضح من رغبة المعتدى عليه فى الابقاء على الحياة الزوجية كما قدمنا . فاذا رغب أحد الزوجين فى الابقاء على الحياة الزوجية لا يجاب الآخر إلى طلب التطليق [1] .

---

(١) أنظر الأحكام المشار إليها فى هامش ١ ص ٩٠٩ فيما سبق .

وإلى جانب ذلك هناك خطوة هامة يتعين على القضاء التثبت منها قبل القضاء بالتطليق . وهى أنه ينبغى أن يثبت لديه أن الحياة الزوجية مستحيلة حقيقة[1] ، وأن الأمر لم يصل إلى المحاكم إلا بعد أن استنفذت كل سبل العلاج ومحاولات الاصلاح . وهذا ما صرحت به القوانين الكنسية[2] .

---

(١) فاذا تبين أن التوفيق بينهما ليس متعذرا لا يقضى بالطلاق . وقد قضى فى هذا المعنى أنه تبين أن « المدعى عجز عن إثبات أن زوجته المدعى عليها هى التى تستبد فى الخلاف أو أنها أساءت معاشرته أو أخلت بواجباتها نحوه إخلالا جسيما ، بل على العكس فانه يستفاد من أقوال شاهده الأول أنه هو الذى يمتنع عن الانفاق على زوجته ، وهذا ما قرره صراحة شاهد النفى أيضا ، ثم إن وكيل المدعى طلب مهلة للتوفيق ، مما يبين منه **أن التوفيق بينهما ليس متعذرا** ، وأن عودة الحياة الزوجية لم تعد مستحيلة ، وقد أبدت الزوجة رغبتها فى استمرار الحياة الزوجية بينهما . فاذا لم تتوافر أركان الفرقة فان طلبها يتعين رفضه » (الجيزة فى ١٩٥٨/٣/٢٥ رقم ١٦٣ س ١٩٥٧ كلى غير مسلمين — وفى هذا المعنى المحكمة نفسها فى القضية رقم ٣١ س ١٩٥٨ بتاريخ ١٩٥٨/٤/١٥ ، وقد قررت المحكمة فى هذا الحكم الأخير إحالة الدعوى إلى التحقيق — والحكمان غير منشورين) .

وانظر فى هذا المعنى كذلك حكما من محكمة الاسكندرية الابتدائية (١٩ فبراير ١٩٥٧ رقم ٣ س ٩٥٦ كلى — غير منشور) — وقد بين الحكم عدم قيام استحالة الحياة الزوجية « لأن الزوجة قررت استعدادها للمعيشة مع زوجها ، كما أن الزوج نفسه لا يبدو متيقنا من عدم إمكان استمرار الحياة الزوجية ، بدليل أنه أبدى استعداده تارة أمام المجلس الملى ، بقبول الزوجة وإسكانها فى منزل مستقل ، وتارة أخرى طلب دخولها فى طاعته وتنازل عن طلب الطلاق على النحو السابق بيانه ، الأمر الذى تستبين منه المحكمة أن دعوى الطلاق فى غير محلها ويتعين لذلك رفضها » .

وقد قضى أيضا بعدم توافر هذا السبب من أسباب التطليق ، إذ تبين للمحكمة أن الخلاف القائم بين الزوجين « لم يبلغ من الجسامة والخطر الحد الذى لا يمكن معالجته ، وإنما هو ناشىء عن اختلاف فى بعض وجهات النظر مما يستطاع التغلب عليه بقليل من التسامح وسعة الصدر ... » (استئناف الاسكندرية فى ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٩٥٩ — غير منشور) .

(٢) فقد جاء فى القانون ٥٥ من قوانين نيقية أن « من تزوج وجرى بينه وبين زوجته شر أو سبب من الأسباب ، وكانت هى الظالمة له فليصبر عليها ويرفق بها حتى ترجع أموره إلى أحسن القضايا وأجملها . فان لم يطق ذلك وزاد أمرها عليه فليتوسط بينهما القسيس =

ولا يخرج الأمر بالنسبة **للسريان** الأرثوذكس فى شأن التطليق استنادا إلى هذا السبب ، عما جاءت به القواعد الخاصة بالأقباط[1]. أما بالنسبة للروم والأرمن ، فانه وإن كانت الفكرة الأساسية لا تخرج فى جوهرها عن

= الكبير ، فان لم تطعه فليتوسط بينهما الأسقف ، فان لم تطعه ونأت عن زوجها فليغاودها. فان لم تسمع قوله ولم تجب إلى الرجوع فلينفض الأسقف نعله على بابها ومباح للرجل أن يعمل ما أحب ، وإن اشتهى أن يتزوج فليتزوج ، وإن اشتهى أن يقيم على حالة - إن كان له صبر - فليقم ، إن كان صالحا فليترهب » .

« فان عرف من حاله أنه ظالم لها وباغض فيها وإنما يطلب إقامة الشرور معها ليفارقها فلا يقبل منه ذلك ويجبر على الاقامة معها ، فان هو امتنع عن ذلك وأحب مفارقتها من منزله فليمنع من القربان ومن دخول الكنيسة » . (ابن العسال ص ٢١٨ — ٢١٩ . وانظر أيضا ما أوردته الخلاصة القانونية ، مسألة ٢٥ فى هذا الصدد) . وواضح من هذا أن « القانون » سالف الذكر يفرق بين الخطأ الواقع من المرأة أو من الرجل ، فاذا كان من جانب المرأة ولم تفلح الوساطة فى الصلح بينهما ، كان للرجل أن يفترق عنها . أما إذا كان الخطأ من جانب الرجل فليس له ذلك وإلا يمنع من شركة السرائر ومن دخول الكنيسة حتى يتوب . ويعلق ابن العسال على هذا (هامش ص ٢١٩) بأن « هذا غير معمول به فى بيعتنا وأورد ليعرف لا غير » . وواضح أنه إذا كان « القانون » سالف الذكر يفرق بين خطأ الرجل وخطأ المرأة على النحو السابق ، فان المجموعات الحديثة لا تفرق ، فالخطأ من أى منهما يبيح للآخر طلب التطليق .

وتجيز **الشريعة الاسلامية** التطليق للضرر متى استحكم الشقاق بين الزوجين وقد نصت المادة ٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه : « إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها ، يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة ، إذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما . فاذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين ، على الوجه المبين بالمواد ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١ » . ويقوم الحكمان بتعرف أسباب الشقاق ويحاولان الاصلاح بين الزوجين ، فان عجزا وتبين أن الاساءة من جانب الرجل أو من جانبهما معاً أو جهل من أى الجانبين ، قرر التفريق بطلقة بائنة يحكم بها القاضى. فاذا كان الخطأ من جانب المرأة لا تجاب إلى دعواها (انظر أبو زهرة ، السابق ص ٣٦٠) .

(١) انظر النصوص الخاصة بالسريان ، فيما سبق ص ٩٠٣ هامش ١

الأحكام السابقة ، إلا أن الأمر يحتاج إلى قليل من التفصيل فى شأن كل منهما . فقد تكلمت القواعد الخاصة بالروم عن التصدع الجسيم الذى يطرأ على آصرة الزواج . وتكلم الأرمن عن التنافر بين طباع الزوجين .

تصدع الرابطة الزوجية لدى الروم : نصت المادة ١٤ مكرر التى أضيفت إلى القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس سنة ١٩٥٠ على أن لكل من الزوجين طلب التطليق إذ نشب بسبب الآخر تصدع جسيم un ébranlement si fort على آصرة الزواج ، بحيث يجعل استمرار الحياة الزوجية أو العودة إليها غير محتملة ومستحيلة على طالب الطلاق . ومعنى ذلك أنه لكى يقضى بالتطليق ينبغى أن يستحكم النفور بين الزوجين ، وأن تستحيل الحياة الزوجية . وهذا هو جوهر الفكرة التى يقوم عليها هذا السبب لدى الطوائف الأخرى [١] .

وقد طبق القضاء هذا السبب فى أحكام كثيرة [٢] . ففى أحد الأحكام استخلصت المحكمة تصدع الحياة الزوجية من «دأب كل من الزوجين على التشاجر وعدم التفاهم مع الآخر ، من سب وإهانة من جانب الزوجة لزوجها وأهله ،

---

(١) وهذه الفكرة مأخوذة عن المادة ١٤٤٢ من القانون المدنى اليونانى ، كما قدمنا . وقد جاء فى صدد هذ النص الأخير أن هـذا السبب يشبه الاساءة البالغة injure grave فى القانون الفرنسى . كما جاء كذلك أنه يلزم فى الخطأ الذى يؤدى إلى تصدع الحياة الزوجية أن يكون « صادراً عن إرادة شاعرة ونية مبيتة » وأن يصدر أثناء قيام الزواج . وتقدير أثر الخطأ على تصدع الحياة من الأمور التى يترك تقديرها لقاضى الموضوع مراعياً فى ذلك مركز الزوجين وثقافتهما والملابسات المحيطة . (انظر تعليق رويلوس على القانون اليونانى ، المرجع السابق ص ١٥٣ وما بعدها ، وجميل الشرقاوى ، البحث السابق ص ٢٩٨-٣٠٠) .

(٢) مع مراعاة أنه يمكن الاستنارة فى هذا الصدد كذلك بما قررته المحاكم بالنسبة للطوائف الأخرى .

ومن طرد واعتداء من جانب الزوج ...» [1] . أما إذا أسفر التحقيق عن أن كل ماحصل بين الزوجين « يدور حول الإنفـاق » ، ولم يثبت « أن الحيـاة الزوجية تصدعت لأسباب جدية تعزى لخطأ الآخر، فلا يقضى بالتطليق، وخاصة إذا « كانت الزوجة تشكو من قلة ما ينفقه الزوج ، وأن الأخير يعزو ذلك إلى الظروف الطارئة التى انقصت موارد رزقه ، ولم يثبت أن هذا الإعسار يجعـل استمرار الحياة الزوجية فوق طاقة الزوجين» [2] .

التنافر بين الطباع لدى الأرمن : لايختلف جوهر هـذا السبب عما جاءت به الطوائف الأخرى . ويلزم للتطليق أيضا أن يوجد تنافر بين طباع الزوجين يجعل اشتراكهما فى المعيشة مستحيلا . أى يلزم أن يستحكم النفور بينهما بصورة يستحيل معها التوفيق بينهما لأن الحياة تصير نـكدا وجحيما .

وقد طبقت المحاكم عندنا هذا السبب فقررت أن التنافر الشديد بين الطباع « لا يأتى إلا إذا كان راجعا إلى اختلاف وجهة نظر كل منهما إلى واجباته نحو الآخر ، أو أن يكون ذلك وليد عدم إحساس كل منهما بارتياحه واطمئنانه إلى الآخر . فلا يسكن كل منهما إلى الآخر ولا يتعاون كل منهما مع شريكه فى

---

(١) انظر حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية فى ٦ يونيو ١٩٥٦ رقم ٥٤ س ١٩٥٦ كلى ـ (غير منشور) . وانظر كذلك الأحـكام الصادرة من محكمة استئناف القاهرة فى ٥٥/١١/١٩ وكذلك فى ٥٦/٥/٢ وفى ٦-٦-١٩٥٦ فى مؤلف خفاجى ورابح السابق ص ١٣٨-١٣٩ .

(٢) استئناف القاهرة فى ٢٥-٤-١٩٥٦ ، خفاجى ورابح ، السابق ص ١٣٩ .

أداء رسالته المقدسة »[١] . وفى حكم آخر قضى بالتطليق لما تبين أن الزوجة كانت متبرمة من زواجها قبل انعقاده [٢] ، فلما تم الزواج ازدادت شقه الخلاف وتعذر قيام التفاهم بين الزوجين بسبب اختلاف طبائع كل منهما عن الآخر ، مما أدى إلى تنافرهما تماما . وساعد على قيام تلك الحالة فارق السن بينهما [٣].

ويتبين من أحكام المحاكم فى هذا الصدد أن التنافر فى الطباع واستحكام النفور بين الزوجين لا يصح أن يستنتج من رفع أحد الزوجين دعوى إلى القضاء إذا كان ذلك بقصد إجبار الزوج مثلا على الحكم بالنفقة المحكوم بها عليه ، مع قدرته على القيام به ، وخاصة إذا تبين أن الخصومة بين الزوجين لم تبلغ حدا لا أمل بعده فى الحياة الزوجية ، إذ تبين أن الزوجة أبدت رغبتها فى الصلح واستئناف الحياة الزوجية [٤] .

---

(١) جاءت العبارة فى حكم القاهرة الابتدائية فى ٣ فبراير ١٩٥٧ رقم ١٦١٣ س ٥٦ المرجع السابق ص ١٤٠ .

(٢) وقد ثبت ذلك من خطاباتها التى كانت تبعث بها إلى أخيها حال وجودها خارج القطر، كما جاء فى الحكم .

(٣) فقد كان الزوج يكبر زوجته بما يقرب من الثلاثين عاما (انظر استئناف القاهرة فى ٢٩-٣-١٩٥٨ رقم ٨ س ٧٥ ق) (المرجع السابق ص ١٤٣-١٤٥) .

وفى حكم لمحكمة الاسكندرية (٥ مارس ١٩٥٧ رقم ٧٩ س ١٩٥٦ - غير منشور) قررت المحكمة أنه متى « ثبت باقرار الطرفين قيام سوء التفاهم المستمر بين الطرفين وتصدع الحياة الزوجية واستحالتها نتيجة لذلك ، ترى المحكمة الحكم بالتطليق » وانظر أيضاً حكما للمحكمة نفسها فى ١٧-١٢-٢٩٥٧ رقم ٣٧ س ١٩٥٧ كلى - غير منشور) .

(٤) انظر استئناف القاهرة فى ١٧-٤-١٩٥٧ رقم ٤٧ س ٧٤ ق - خفاجى ورابح، السابق ص ١٤٢ . وانظر أيضاً القاهرة الابتدائية فى ٢ فبراير ١٩٥٧ المشار إليه سابقاً .

كما لا يكفى ، للقول بقيام التنافر بين الطباع واستحكام النفور ، مجرد سوء التفاهم بين الزوجين ، والذى يرجع إلى تصرفات والدة الزوج . وبعبارة أخرى لا يكفى القول بقيام التنافر بين أحد الزوجين وأقارب الآخر ، كما إذا قام بين الزوجة ووالدة الزوج ، وخاصة إذا تبين أن الزوجة تتمنى أن تعود الحياة الزوجية الهادئة [١] .

ثانيا : الفرقة . تستلزم القواعد الخاصة بالأقباط والسريان إلى جانب استحكام النفور ، أن ينتهى الأمر بافتراق الزوجين عن بعضهما مدة تستمر ثلاث سنوات متصلة [٢] . فإذا لم تحصل فرقة - حتى ولو كان النزاع مستحكما وحدث من الشر والخصام ... ما يضر بنظام الزواج - لا يجوز التطليق ؛ إذ فى بقائهما معا - رغم كل المنازعات - ما يكشف عن أن الحياة الزوجية ليست مستحيلة . ويجب أن تكون الفرقة متصلة ، لأنها إذا كانت متقطعة ، يفترق الزوجان فترة ويعودان فترة أخرى ، كان فى هذا ما يكشف عن أن الحياة المشتركة ليست مستحيلة على إطلاقها . فيجب إذن أن تكون هناك فرقة متصلة وفضلا عن هذا فانه يجب أن تكون الفرقة إرادية ؛ فاذا كانت جبرا عن أى من الزوجين ما تحقق هذا الشرط [٣] .

---

(١) انظر الحكمين المشار إليها فى الهامش السابق .

(٢) ولم يرد هذا الشرط بالنسبة **للروم والأرمن** : وهذا يعنى أنه يكفى أن يثبت استحكام النفور ، أو التصدع الجسيم فى آصرة الزواج والتنافر بين الطباع ، بغض النظر عن مرور مدة معينة يفترق فيها الزوجان .

(٣) وعلى ذلك إذا تبين أن الزوج لم يهجر زوجته ثلاث سنوات متواصلة نظراً « لأن غيابه عنها كان جبراً عنه لتجنيده فى الجيش » فان هذا السبب من أسباب التطليق لا يتوافر (انظر حكم استئناف الاسكندرية فى ٢٤ ديسمبر ١٩٥٩ فى القضية رقم ٣ لسنة ١٩٥٩ - غير منشور) .

لـكن ماذا يقصد بالفرقة فى هذا الصدد . هل تنصرف إلى المعنى العـام المعروف وهو الفرقة طعاما وفراشا ومسكنا ، أم يكفى أن يفترق الزوجان فراشا فقط ، كأن يهجر الزوج زوجته فى المضجع بصفة مستمرة دائمة خـلال ثلاث سنوات ؟ إن عبارة المادة ٥٧ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط فى هذا الصدد تتـكلم عن افتراق الزوجين عن بعضهما ، ومتى كان الأمر كذلك فانه ينبغى أن تنصرف الفرقة إلى المعنى المألوف بأن تـكون « طعاما وفراشا ومسكنا » فى آن واحد ، فلو كانت الفرقة « فراشا » فقط مع اختلاط الزوجين طعاما ومسكنا ما أمكن طلب التطليق استنادا إلى هذا السبب (١) .

ويؤيد ذلك ما جاء فى حكم لمحكمة استئناف القاهـرة (٢) ، فلم تدخل فى اعتبارها افتراق الزوجين فى الفراش فقط ، متى ثبت اتحادهما مسكنا ومائدة ، إذ متى تبين أن الزوجين كانا متحدين « مسكنا ومائدة » ، فان هذا « يدل على أن الـكراهية بينهما لم تـكن مستحكمة بحيث يصبح بقاء الزواج معهما مستحيلا متعذرا » .

ولقد أثير الخلاف حول المدة اللازمة للفرقة ، وانقسم الرأى بشأنها . ففى

(١) وهذا ما يفهم من عمومية عبارات الخلاصة القانونية فى هذا الصدد فطبقاً لما جاء فى هذا الشأن أنه متى ثبت امتناع أحد الزوجين عن قرينه ، وانحرام هذا القرين من حقوقه الشرعية الزوجية واستمر الفريقان منفصلين غير مختلطين الاختلاط الزوجى مدة ثلاث سنوات متواصلة ببعضهما ... أمكن طلب التطليق (انظر المسألة ٢٥ ـ السبب العاشر من الخلاصة . وانظر كذلك المادة ٨٩ من مجموعة **السريان**) .

(٢) فى ١٧-٤-١٩٥٧ رقم ٤١ س ٧٤ ق (خفاجى ورابح ، السابق ص ٩٢) .

اتجاه أول قيل إنه يلزم أن تستمر الفرقة ثلاث سنوات متصلة . وفى اتجاه ثان قيل إنه لا يلزم مرور هذه المدة .

أما عن الاتجاه الأول فانه يستند إلى ماجاءت به الخلاصة القانونية ، وماجاء فى المادة ٥٧ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط ، إذ تستلزم النصوص الواردة فى هذا الصدد ، صراحة ، أن تستمر الفرقة ثلاث سنوات. وهو مانص عليه كذلك لدى السريان [١] . وتسير غالبية المحاكم ، فى الوقت الحاضر ، على هذا الرأى. فهى تستلزم ألا تقل مدة الفرقة عن ثلاث سنوات ، حتى يتوافر هذا الشرط ويكون لغير المخطئ طلب التطليق [٢] . وقد رفضت تلك الأحكام كل حالة لا يتوافر فيها شرط استمرار الفرقة ثلاث سنوات متصلة [٣] .

والاتجاه الثانى ، وهو ما ينادى به البعض [٤] يستند إلى بعض المصادر

---

(١) وتنص المادة ٨٩ من مجموعة **السريان** صراحة على أنه يجب أن تستمر الفرقة « ثلاث سنين متواصلة » .

(٢) ومدة الثلاث سنوات يجب أن تكتمل قبل رفع الدعوى (انظر استئناف القاهرة فى ٢٢-٥-١٩٥٧ رقم ٤٠ س ٧٤ ق فى خفاجى ورابح ، ص ٩٣) .

(٣) انظر فى هذا الصدد أحكاماً عديدة أوردها خفاجى ورابح ، ص ٨٠ وما بعدها . وانظر أحكاماً أخرى صادرة من محكمة الاسكندرية فى ١٦ أبريل ١٩٥٧ رقم ٩١ س ١٩٥٦ كلى ، وفى ٢٦-١١-١٩٥٧ رقم ٥٩ س ١٩٥٦ رقم ٨٦ س ١٩٥٦ ، وفى ٢٧-١١-١٩٥٨ رقم ١٦ س ١٩٥٨ وكذلك فى ٢٥-٦-١٩٥٩ رقم ٥٢ س ١٩٥٨ وكلها أحكام غير منشورة . وكذلك محكمة الجيزة الكلية فى ١١-١٢-١٩٥٦ رقم ٢٢٩ س ١٩٥٦ وكذلك فى ٢٢-١-١٩٥٧ رقم ٤ س ١٩٥٧ ، وفى ٢٠-٦-١٩٥٧ رقم ٣٠ س ١٩٥٧ . وكذلك فى ١٠/٦/١٩٥٨ رقم ٢١ س ١٩٥٨ وكلها أحكام غير منشورة . وانظر كذلك استئناف الاسكندرية فى ١٦-١٠-١٩٦٠ وقد سبقت الاشارة إليه .

(٤) إيهاب اسماعيل ، الرسالة السابقة ص ٢٠٦ وما بعدها .

القديمة لدى الأقباط وإلى أحكام صادرة من المجالس الملية وبعض أحكام حديثة. ذلك أن ماأورده أبن العسال فى هذا الصدد لا يشير إلى ضروة مرور مدة معينة وإنما يكتفى بالكلام عن استحكام النفور بين الزوجين [(١)] . وفضلا عن ذلك فان أحكام المجالس الملية فى كثير من الحالات لم تكن تستلزم مرور مدة ثلاث سنوات ، رغم ورود هذا الشرط فى الخلاصة القانونية [(٢)] . هـذا إلى أن من الأحكام الحديثة ما قضى بالتطليق رغم عدم انقضاء مدة الثلاث سنوات [(٣)] .

والواقع أنه إذا كان لكلا الرأيين ما يسنده من المصادر الخاصة بالأقباط وخاصة المصادر الفقهية ، فاننا نرى أنه ينبغى أن يدرس الأمر فى كل حالة على حدتها . مع مراعاة الحكمة من استلزام مرور ثلاث سنوات على الفرقة، فاستلزام مرور هذه المدة يقصد من ورائه التيقن من أن الأمر ميئوس منه ، وأن الحياة بين الزوجين مستحيلة . إذ تعطى الفرصة خلال الثلاث سنوات لإصلاح ذات البين ، والتوفيق . لاحتمال أن ينصلح الأمر أو أن يعود المخطىء إلى صوابه .

وإذا كان المقصود من الانتظار ثلاث سنوات هو الوصول إلى الكشف عن حقيقة الموقف باستحالة الحياة الزوجية ، فان من الممكن الحكم بالتطليق متى

---

(١) انظر القانون ٥٥ من قوانين نيقية الذى أورده ابن العسال ص ٢١٨-٢١٩ . وانظر كذلك : إهاب اسماعيل : السابق ص ٢٠٧ فى آخرها .

(٢) انظر ، إهاب : المرجع السابق ٢٠٩-٢١٠ .

(٣) المرجع السابق ص ٢١١ .

تحققت هذه الحكمة واتضح من ظروف الدعوى استحالة الحياة الزوجية ، حتى ولو لم تم تنقض هذه المدة . إذ يكون من العبث الانتظار بعد أن اكتشفت حقيقة الأمر واتضح أن الحياة الزوجية لا يمكن أن تحقق أغراضها : « بل إن فى هذا الانتظار ـ كما جاء فى حكم استئناف الاسكندرية[1] ـ ضررا محققا يلحق بالزوجين وتعريضا لهما للوقوع فى الخطيئة » .

وهذا هو ما يتفق مع ما تأخذ به القواعد الخاصة بالأرمن والروم الارثوذكس . فلا يلزم لطلب الطلاق مرور مدة معينة متى تبين التنافر بين طباع الزوجين لدى الأرمن[2] . كما لا يستلزم الروم كذلك مرور مدة ما فى هذا الصدد متى تبين تصدع الحياة الزوجية تصدعا جسيما ، بحيث تستحيل الحياة الزوجية معه[3] .

على أنه إذا كانت المجموعات الحديثة منقسمة حول استلزام مرور مدة معينة أو عدم استلزام ذلك ، فاننا نأمل أن ينتهى الأمر عند توحيد تلك القواعد أن يوحد الحكم . ونرى أن يترك الأمر دون تحديد مدة فى هذا الصدد ، فيحكم بالتطليق متى تبين للقاضى أن الحياة الزوجية مستحيلة بين الزوجين ، بعد أن

---

(١) وقد أورده صالح حنفى ، المرجع حـ ٢ رقم ٦١٠ ص ٤٦٥-٤٦٦ فى القضية رقم ١٩ و ٢١ س ١٢ قضائية جلسة ٢٠ نوفمبر ١٩٥٧ .

(٢) مع مراعاة حكم المادة ٦٠ التى تقضى بانفصال الزوجين لمدة سنة قبل الحكم بتطليقهما . وهذه المدة قد حددت لمجرد الاختبار ومحاولة التوفيق بين الزوجين (انظر استئناف القاهرة فى ٢٩—٣—١٩٥٨ رقم ٨ س ٧٥ ق ص ١٤٤—١٤٥ من خفاجى ورابح) .

(٣) والتصدع هنا غير الهجر المتعمد الذى تنص عليه هذه الشريعة . إذا المادة ٩ من القواعد الخاصة بهم تجيز « لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق عندما يتركه الآخر عن قصد سىء مدة ثلاث سنوات » ، وسنشير إلى هذا السبب فيما بعد (انظر بند رقم ١٧٠ فيما يلى) .

استنفذت كل محاولات التوفيق ، كما تقضى بذلك قوانين الكنيسة نفسها على ما بينا من قبل [1] .

ثالثا : أن يطلب التطليق ممن لا ينسب اليه الخطأ يلزم إلى جانب استحكام النفور والفرقة ـ على النحو السابق ـ أن يكون طالب التطليق هو من لا ينسب اليه خطأ . فالقاعدة أنه ليس للشخص أن يفيد من خطئه أو إثمه ، وهى قاعدة عادلة ، إذ ليس أيسر من أن يفترق أحد الزوجين عن الآخر ويصطنع أسباب النفور والفرقة ، ثم يبادر إلى طلب التطليق دون أن يعزى إلى الآخر خطأ ما . ولهذا إذا ما تبين أن تصدع الحياة الزوجية يعزى إلى المدعى وثبت الخطأ فى جانبه كان من المعين رفض طلبه .

ولما كان هذا الشرط مما تقضى به طبيعة الأمور ، فان من المتعين الأخذ به لدى جميع الطوائف ، باعتباره يستند إلى مبدأ من المبادىء العامة ، حتى ولو لم ينص عليه .

وقد استلزم القضاء هذا المبدأ دائما ، مقررا أنه لا يصح للشخص أن يستفيد من خطئه [2] . ولهذا فانه رفض إجابة طالب التطليق إلى طلبه ، متى تبين أن

---

(١) ويجب أن يراعى أن قولنا بعدم استلزام مدة فى هــذه الحالة لا يعنى تجاهلنا لنص مجموعتى الأقباط لسنة ١٩٣٨ والسريان فى المادة ٨٩ على شرط المدة . فهو شرط قائم عندهم إلى جانب تصدع الحياة الزوجية . وهذا ما يفــرق بينهم وبين الروم والأرمن . فالتصدع سبب للتطليق لدى الطوائف الأرثوذكسية جميعها ، وإن اختلفت شروطه لدى الأقباط ـ انظر مع ذلك : أحمد سلامة ، السابق ط ٢ خاصة ص ٨٤٤ والهامش .

(٢) انظر الأحكام العديدة الواردة فى هــذا الصدد فى خفاجى ورابح ، خاصة ص ٩٦ وما بعدها . وكذلك الاسكندرية الكلية فى ٢٦-١١-١٩٥٧ ورقم ٨٦ سنة ١٩٥٦ . وفى ٦ نوفمبر ١٩٥٨ رقم ٥ س ٩٥٨ كلى . وقد جاء بهذا الحكم الأخير : « وحيث إنه لما تقدم =

تصـــــدع الحياة الزوجية كان بسببه ، كما إذا قام الزوج بطرد زوجته من منزل الزوجية . إذ الفرقة فى هذه الحالة تكون بسببه هو . وقد تكون فرقة الزوجة لمنزل الزوجية كذلك بسبب يعزى إلى الزوج مثل رفضه إسكانها سكنا مستقلا بعيدا عن أهله ، أو امتناعه عن الانفاق عليها وعزوفه عن الإقامة معها فى حيـاة مشتركة رغم تمسكها به . وقد تكون الفرقة بسبب الزوجة كما إذا ماتبرمت بزوجها نظرا لضيق حالته المالية ، وتركت منزل الزوجية للاشتغال بعيدا وعلى غير رغبة زوجها [1] .

ويقع عبء إثبات خطأ الطرف الآخر ، وأن تصدع الحياة الزوجية كان بسببه على المدعى طالب التطليق ، وهو الجانب البرىء . فاذا عجز عن ذلك رفضت دعواه . ولا يثير الأمر أى جدل لو كان أحد الزوجين فقط هو المخطىء وثبت عليه ذلك . لكن ما الحكم **اذا اشتركا فى الخطأ**، بمعنى أن يكون تصدع الحياة الزوجية واستحالتها راجعا إلى كل من الزوجين ؟

= فإن استطالة الفرقة بين الزوجين لأكثر من ثلاث سنوات لم تكن من عمل الزوج المدعى عليه وفعله ، بل كانت بارادة المدعية وبفعلها وبسببها وبخطئها . ومن ثم ، فلا يصلح هـذا السبب أساساً وسنداً للتطليق المطالب به فى هذه الدعوى... » . وانظر كذلك من محكمة الاسكندرية حكمها فى ٢٧-١١-١٩٥٨ رقم ١٦ س ١٩٥٨ وحكمها فى ٢٥-٦-١٩٥٩ رقم ٥٢ س ١٩٥٨ كلى ، حيث أكدت المحكمة أن الخطأ لم يكن من جانب المدعى طلب التطليق ، وإنما من جانب المدعى عليه ، مما جعلها تستجيب لطلب التطليق ، نظراً لتوافر الشرط الذى نحن بصدده مع الأسباب الأخرى . وانظر كذلك محكمة الجيزة الكلية فى ٢٠-٦-١٩٥٧ رقم ٣٠ س ١٩٥٧ وفى ٢٥-٣-١٩٥٨ رقم ١٦٣ س ٥٧ وفى ١٠-٦-١٩٥٨ رقم ٣١ س ١٩٥٨ . وكل الأحكام السابقة غير منشورة . واستئناف القاهرة فى ٢١-٥-٥٨ المجموعة الرسمية س ٥٨ عدد ٣ و ٤ رقم ٤٥ . واستئناف الاسكندرية فى ٣٠-١١-١٩٦٠ المجموعة الرسمية س ٥٩ عدد ٧ و ٨ رقم ٩٥ .

(١) انظر هذه الأمثلة وغيرها فى أحكام المحاكم المشار إليها بالهامش السابق .

يتضح مما أوردته الخلاصة القانونية ومجموعة السريان فى هذا الصدد أنه يفرق بين حالتين : حالة ما إذا كان الخلاف بين الزوجين صادراً من أحدهما فقط . وهنا يجوز التطليق إذا ما طلبه المظلوم[1] . وحالة ما إذا كانا مشتركين فى الخطأ ، وفى هذه الحالة لايجوز التطليق[2] . هذا هو ماجاء فى هذين المصدرين .

إلا أن المحاكم قد راعت فى هذا الشأن خطأ كل من الزوجين. فاذا تبين لها « أن كلا من الزوجين قد أخل بواجباته نحو الآخر إخلالا جسيما ، مما أدى إلى استحكام النفور بينهما وانتهى الأمر بافتراقهما عن بعضهما ، واستمرت الفرقة ....، ولم ينفع فى خلالها مساعى التوفيق حتى تصدعت الحياة الزوجية ، وأصبح استمرار العشرة بينهما مستحيلا ، وذلك بخطئهما المشترك ، مما يتعين معه تطليق الزوجة إعمالا لنص المادة ٥٧ من قانون الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكسيين »[3] .

---

(١) مع مراعاة التفرقة بين ما إذا كان المعتدى هو الرجل أو المرأة ، طبقاً لما ورد فى القانون ٥٥ من قوانين نيقية ، على نحو ما بينا من قبل (انظر ص٩١٢ هامش ٢) .

(٢) ورد فى المسألة ٢٥ من الخلاصة أنه « ... وإذا كان الخلاف واقعــاً من الفريقين معاً ، ويرى الرئيس أنهما مشتركان فى التعدى ، فليؤدب بهما الأدب الروحى حتى يتوبا وينصلح أمرهما ، أما إذا كان الخلاف صادراً من أحدهمــا دون الآخر ، ولم يكف المخالف عن فعله لا بالنصح ولا بالتوبيخ ولا بالتأديب الروحى ، وثبت للرئيس امتناعه عن قرينه وانحرام هذا القرين من حقوقه الشرعية الزوجية... فحينئذ للرئيس الروحى أن يجرى ماصرح به القانون» . وتورد الخلاصة بعد ذلك القانون ٥٥ من قوانين نيقية . (ويقابل هذا المادتان ٨٨ و ٨٩ من مجموعة السريان ولا يختلف ما جاء بهما عما جاء فى الخلاصة . وقد عرضت المادة ٨٨ لحالة وقوع الخلاف من الطرفين معاً ، وهى لا تقضى بالتطليق كذلك .

(٣) استئناف القــاهرة فى ٦-٦-١٩٥٧ رقم ١١٨ س ٧٣ ق (خفاجى ورابح ، السابق ص ٨٧) . وانظر حــكما آخر من المحكمة نفسها فى ٢٦-١١-١٩٥٨ رقم ١٠٥ س ٧٣ ق ، المرجع نفسه ص ١٠٥ . وقد بينت المحكمة فى هذا الحكم الأخير أن مسئولية=

وقد قضت المحاكم كذلك بالتطليق للخطأ المشترك لدى طائفة الروم مستندة فى ذلك إلى المادة ١٤ سالفة الذكر إذ تبين لها أن كلا من الزوجين قد دأب « على التشاجر وعدم التفاهم مع الآخر من سب وإهانة من جانب الزوجة لزوجها وأهله ، ومن طرد واعتداء من جانب الزوج . ولا شك أن المشاجرات المستمرة والاعتداءات المتبادلة ، وعدم التفاهم والتجانس ، يرجع إلى سلوك كل منهما نحو الآخر ، واشتركا بتصرفاتهما فى تقويض الحياة الزوجية وجعلها غير محتملة . وتقع على عاتق كل منهما ما وصلت إليه العلاقة الزوجية بينهما من تصدع وتقوض. ويؤيد هذا النظر أن كلا منهما طلب فى مذكرته ـ من قبيل الاحتياط ـ التطليق على مسئوليتهما معا بسبب الخطأ المشترك . وفى هذا اعتراف منهما بأن خطأ قد وقع من كليهما قبل الآخر » [١] .

وتضع المادة ١٤٤٢ من القانون المدنى اليونانى فى هذا الصدد حكما هاما فى حالة الخطأ المشترك . فتقرر أنه إذا كان الخطأ مشتركا بين الزوجين ، فانه ليس

= الزوجة ليست بأقل من مسئولية الزوج بل هى أشد منها وأخطر، فهى البادئة بإثارة زوجها وهى التى دفعته إلى ما ارتكبه من إثم فى حقها وحق ذويها . ومن إثم قررت المحكمة جعل التطليق بخطأ الزوجين معاً ، وبتحميلهما مصروفات الدعوى مناصفة عن درجتى التقاضى . وفى حكم آخر للمحكمة نفسها كذلك (فى ١٩-١٢-٥٦ رقم ٣١ س ٧٣ ق ، المرجع نفسه ص ٨٨) رأت المحكمة إن إخلال الزوج يبرر الطلاق . ولكن لما كانت الزوجة قد أسهمت بنصيب — وإن كان يسيراً لا يبلغ جسامة مسئولية الزوج — فى تصدع الحياة الزوجية ، فقد قررت المحكمة إشراك الزوجة فى المصروفات بقدر الثلث. وانظر كذلك استئناف الاسكندرية فى ٢٠ نوفمبر ١٩٥٧ قضية ١٩ و ٢١ س ١٢ قضائية فى المرجع جـ ٢ لصالح حنفى ، وقد أورد الحكم أنه « إذا كان التطليق لخطأ الزوجين المشترك تحملا المصاريف مناصفة » .

(١) الاسكندرية الابتدائية للأحوال فى ٦ يونيو ١٩٥٦ رقم ٥٣ س ١٩٥٦ كلى — غير منشور .

للمدعى الحق فى التطليق إذا كان تصدع الرابطة الزوجية معزوا إليه هو بصفة أساسية . (1)

١٦٩ — السبب السادس : الرهبانية :

تعرضنا فيما سبق لفكرة الرهبانيه فى الشريعة المسيحية ، عندكلامنا عن أهلية الرهبان ، وعندكلامنا عنها باعتبارها مانعا من موانع الزواج (2) . ونعرض لها فى هذا المجال باعتبارها من أسباب انحلال الرابطة الزوجية . ولما كانت الرهبانيةمن الأنظمة التى يعترف بها فى المسيحية والتى لاتتعارض مع النظام العام فىعندنا (3) فانه ينبغى النظر إليها فى ظل ما تقضى به القواعد الطائفية .

---

(1) « ···Le droit au divorce n'existe pas en faveur du demandeur lorsque cette faute est imputable aux deux coujoins, mais l' ébranlement du rapport conjugal est du principalement au demandeur »

حكم الشريعة الاسلامية : نصت المادة ٩ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه « إذا عجز الحكمان عن الاصلاح ، وكانت الإساءة من الزوج أو جهل الحال، قررا التطليق بطلقة بائنة » إلا أن ما جاء فى مذهب مالك ـ الذى أخذ عنه القانون — يقرر أنه إن كانت الإساءة منهما معاً كان الحكم هو التفريق ، على أن تغرم الزوجة بعض الصداق . فان كان إضرار كل منهما لصاحبه متكافئاً تغرم النصف ، وتغرم أكثر إن كان الاضرار منها أكثر ، وأقل إن كان الاضرار منها أقل. كما جاء فى هذا الصدد أيضاً أنه إذا كانت الاساءة من جانب الزوج أكثر تكون كاساءته منفرداً ، أى يفرق من غير أن تغرم الزوجة شيئا. كما ذكر أيضا أنه إذا كانت الإساءة من جانبها أشد تكون كإساءتها منفردة ،أى تغرم الصداق كله (انظر فى هذا : محمد أبو زهرة ، السابق ص ٣٥٩ وما بعدها وخاصة ص ٣٦٣ ، وكذلك محمد يوسف موسى ، السابق ، ص ٢٤٣) .

(2) انظر فيما سبق فقره ٢٥ ص ٩٢ وما بعدها وكذلك فقرة ١١٥ ص ٥٣١ وما بعدها .

(3) انظر حكم النقض السابق الاشارة إليه ص ٩٣ وهامش رقم ٢ .

وباستعراض المصادر الخاصة بالأقباط الأرثوذكس نجد أن كتب الفقه ومجموعة ١٩٣٨ قد تعرضت لهذا السبب من أسباب انحلال الزواج ، وذلك خلافا لمجموعة ١٩٥٥ التى أغفلت الكلام عنه . ولما لم تكن لهذه المجموعة الأخيرة أية قوة إلزامية تفضلها عن المصادر الأخرى ، كما بينا بالنسبة للأسباب الأخرى التى أغفلتها هذه المجموعة وتكلمت عنها المصادر السابقة عليها ، فانه يمكن النظر إلى الرهبانية كسبب للتطليق طبقا لما جاء فى مجموعة ١٩٣٨ وما جاءت به كتب الفقه السابقة [1] .

ونعرض فيما يلى للقواعد المتعلقة بهذا السبب على ضوء ماورد فى المصادر سالفة الذكر .

نصت المادة ٥٨ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط على هذا السبب بقولها « كذلك يجوز الطلاق إذ ترهبن الزوجان أو ترهبن أحدهما برضاء الآخر » كما تنص المسألة ٢٥ (السبب الرابع) من الخلاصة القانونية على أنه « إذا ترهبن الزوجان أو أحدهما برضاهما معا انفسخ زواجهما » [2] . وقد أورد ابن العسال فى هذا

---

(١) ولا يوجد سبب ظاهر لاغفال هذا السبب فى مجموعة ١٩٥٥ (أنظر إهاب اسماعيل رسالته ، ص ١٣١ وهامش ١) . وانظر كذلك جميل الشرقاوى ، الأحكام الخاصة بالوطنيين ، السابق ص ٣٧٩ وهامش ٤ .

(٢) وجاء فى المسألة ٢٦ من الخلاصة فى بيان الأساس الذى يستند إليه انحلال الرابطة الزوجية فى هذه الحالة ما يأتى : « وأما الذى يوافق الشريعة من الأسباب الاختيارية وهو طلب الرهبنة برضى الزوجين معاً ، فقد ترتب فسخ الزواج بمقتضاه على ماصدر به النص الإلهى . ومن ذلك ما قاله السيد « لأن من الخصيان من ولدوا كذلك من بطون أمهاتهم ، ومنهم من خصاهم الناس ، ومنهم من خصوا أنفسهم من أجل ملكوت السموات ، فمن استطاع أن يحتمل فليحتمل (متى ١٩ ، آية ١٢) . وقوله أيضاً « وكل من ترك بيتاً أو أخوة أو أخوات أو أباً او أماً أو امرأة أو بنين أو حقولا لأجل أسمى يأخذ مائة ضعف ويرث الحياة الأبدية » ، =

الصدد كذلك أن الزيجة تنفسخ بثلاثة أمور « أحدها رهبنة المتزوجين برضاهما معا » . وهو مانص عليه كذلك فى قوانين ابن لقلق [1] . وعلى ضوء ما تقدم نستطيع أن نتبين الشروط التى ينبغى توافرها حتى يتم انحلال الزواج بناء على هذا السبب . فيلزم أن يترهبن الزوجان أو أحدهما ، وأن يتم ذلك طبقا للقواعد الدينية التى تتطلب للرهبانية .

(١) ترهبن الزوجين أو أحدهما : لكى يقضى بالتطليق يلزم أن يترهبن الزوجان أو أحدهما . ولا خلاف حول الصورة الأولى وهى ترهبن الزوجين معا . فقد أوردت المصادر السابقة جميعها أن الزواج ينحل فى هذه الحالة . وكذلك

= وقول الرسول « إنى أريد أن تكونوا بلا هم ، فان الغير متزوج يهتم فى ما للرب كيف يرضى الرب ، وأما المتزوج فيهتم فيما للعالم كيف يرضى امرأته ، فهو منقسم (قرنثية أولى ص ٧) . فبناء على ذلك إذا رغب الزوجان برضاهما الرهبنة حقيقة يفسخ زواجهما شرعاً أو رغب أحدهما الرهبنة برضاهما معاً » .

(١) انظر فى قوانين القلق ، ص ٢٤ ملحق ابن العسال . وانظر فيما أورده ابن العسال ص ٢١٣ . كما أورد ضمن « شروط التأهيل » أنه « وإن كان له زوجة ولم ترد رهبانيته فلا يقبل منه . وإن كان فى أذية ومشقة من امرأته وأراد النجاة والهرب منها فلقبل ... » (ص ٩٠) . كما أورد ضمن « اللوازم » للرهبانية ترك الزواج . وقد أورد الأسانيد التى يقوم عليها هذا السبب (انظر ص ٩١-٩٢) . ومن هذا يتضح أن ابن العسال إذا كان يستلزم « رهبنة المتزوجين برضاهما معاً » فانه يرى كذلك أنه يصح أن يترهبن الزوج برضا زوجته . فاذا «لم ترد رهبانيته فلا يقبل منه » . بل إن من الممكن أن تقبل منه الرهبانية دون رضاها . كما يقول ابن العسال كذلك « إن كان فى أذية ومشقة من امرأته وأراد النجاة والهرب ... » ومن هذا يبدو أن ابن العسال لا يختلف عما أوردته الخلاصة القانونية ، ولا عما ورد فى مجموعة ١٩٣٨ كما ذهب الدكتور أحمد سلامة فى مؤلفه السابق ط ٢ رقم ٣٨٠ ص ٨٤١ .

وإلى جانب ما سبق ، فقد جاء أيضا فى مصباح الظلمة وإيضاح الخدمة لابن كبر أن من أسباب فسخ الزيجة رهبنة المتزوجين برضاهما معا (أشار إليه إهاب اسماعيل فى رسالته ص ١٢٥ هامش ٤) .

الحال فى الصورة الأخرى التى يترهبن فيها أحد الزوجين . إنما يلزم فى هـذه الحالة أن يتم برضاء الزوج الآخر [١] . إذ فى هذه الحالة يمكن القول بانتفـاء تضرره من ترهبن زوجة . وعلى هذا يمـكن القول بأن رضا الزوجين بالترهبن لازم . سواء ترهبنا معا أو ترهبن أحدهما فقط . وفى كلتا الحالتين تنحل الرابطة الزوجية [٢] .

(٢) يلزم أن يتم الترهبن طبقا للأوضاع الدينية المتطلبة . ذلك أن القواعد الطائفية . تضع شروطا خاصة ينبغى توافرها للدخول فى سلك الرهبانيـة [٣] . ولهذا فانه يتعين أن يتم الترهبن طبقا للشروط والأوضاع التى تستلزمها الطائفة. فمتى توافرت هذه الشروط وقبلت الجهة الدينية الشخص ضمن طائفة الرهبان ،

(١) وهذا ما تبينه صراحة مجموعة ١٩٣٨ والخلاصة . واستلزام الرضا يفهم كذلك من عبارات ابن العسال وابن لقلق وابن كبر حيث استلزموا أن تكون الرهبانية برضاهما معا ، أو ترهبن أحدهما . ويؤيد هذا ما أورده ابن العسال ضمن شروط التأهل فى الموضع المشـار إليه بالهامش السابق « إن كان له زوجة ولم ترد رهبانيته فلا يقبل منه » . انظر الهامش السابق.

(٢) ويمكن بالإضافة إلى ماسبق اتباع القواعد التى تقضى بها الشريعة الدينية فى هذه الحالة ، فينحل الزواج بالترهبن وإن لم يتوافر رضا الآخر - كما إذا كان الزوج فى « أذية ومشقة من امرأته وأراد النجاة والهرب منها » (انظر ص ٩٠ من ابن العسال) .

(٣) انظر ما أورده ابن العسال فى الباب العاشر تحت عنوان « فى الرهبان والرهبانات والأرامل والمتنسكات » ص ٨٨ وما بعدها ، وقد تكلم فى هـــذا الباب عن الشروط اللازمة للتأهيل واللوازم ... وقد نظم الأقباط مسائل الرهبانية بقانون مجمى صدق عليه المجمع المقدس الاكليريكى العام فى ٢٥-٢-١٩٢٨ كما صدر قانون مجمى منظم للأديرة سنة ١٩٣٧ (انظر إهاب اسمـاعيل ، رسالته ص ١٣٢ - وانظر فى الشروط الخـاصة بالرهبانية ص ١٣٣ من الرسالة نفسها) .

وتوافر شرط رضا الزوج الآخر [1] ، وتحقق القضاء من هذا كان عليه أن يقضى بالتطليق .

وعلى هذا فان المحاكم تتحقق من ترهبن الشخص حقيقة ورضا زوجه . ونعتقد أن دور القضاء هنا يقتصر على الحكم بالتطليق متى أفادت الجهة الدينية المختصة التابع لها من يريد الدخول فى الرهبانيــة أن الشخص قد توافرت فيـه شروط الترهبن فعلا . فالمحاكم تتقيد برأى الجهة المختصة فى القول بتوافر شروط الرهبانية أو عدم توافرها . فإذا قررت هذه الجهة توافر الشروط قضى بانحلال الرابطة الزوجية . وإذا قررت عدم توافرها رفض القضاء به [2] .

وينبغى أن يراعى أننا إذا كنا قد تكلمنا عن الرهبانية كسبب من أسباب انحلال الرابطة الزوجية لدى الأقباط الأرثوذكس [3] ، فان الرهبانية تعتبر

(١) والواقع أن هذا الشرط يدخل ضمن شروط الترهبن بصفة عامة إذ على الجهة الدينية المختصة أن تتحقق من رضا الزوج الآخر بترهبن زوجه .

(٢) ومع ذلك فانه يبدو مما ذهب إليه القضـاء فى هذا الصدد ، أنه قد تعرض فعـلا للشروط اللازمة للترهبن ، ورفض التطليق بسبب عدم انتماء طالبة الرهبانية إلى المذهب التابع له الدير الذى دخلت فيه (انظر حكم القاهرة الابتدائية فى ١-٣-١٩٥٨ رقم ٨٩٢ س ١٩٥٧ ، وإهاب اسماعيل ، رسالته ، ص ١٣٦-١٣٧) .

(٣) وقد تكلمت مجموعة **السريان** الأرثوذكس عن فسخ الزواج بسبب الرهبنة فى الفصل السابع من الباب الثانى مادة ٧٩ . ولا يختلف الحكم الوارد عندهم عما جاء بالنسبة للأقباط . ولهذا فان الشروط التى عرضنا لها بالنسبة للأقباط يعمل بها كذلك لدى السريان . ولا خلاف فى الحالة التى يترهبن فيها الزوجان معا ، أما إذا ترهبن أحدهما فانه يلزم أن يكون ذلك بموافقة الآخر . وتنص المادة ٧٩ على أنه « إذا أراد الرجل أو المرأة أن يلبس اسكيم الرهبنة ، فان وافق الآخر ، يلبس ويترهب ، ورفيقه يتزوج إن أراد ، رجلا كان أو امرأة ، لأن الراهب يعد فى حكم الميت » (١ كو ٧ = ١٠ و ١١) .

كذلك سببا من أسباب انحلال الزواج غير المكتمل بالدخول لدى الطوائف الكاثوليكية ، كما سنرى .

ثالثا : أسباب أخرى لدى بعض الطوائف الأرثوذكسية

١٧٠ – أولا : الروم الارثوذكس : إلى جانب الحالات السابق بيانها والتى يمكن فيها التطليق ، هناك حالات أخرى أشارت إليها القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس وهذه الحالات هى .

(١) **حالة زوال البكارة** : تقضى المادة ١٥/ا من القواعد الخاصة بهذه الطائفة أن للزوج طلب الحكم بطلاقه من زوجته إذا لم يجدها بكرا يوم زواجه . والمفروض فى هذه الحالة أن الزواج يكون من بكر لا من ثيب . وعلى الزوج أن يعلن الأمر حالا إلى السلطة الكنسية العليا بجهته ، وأن يقوم بإثباتها .

(٢) **حالة طرح الحمل** : للزوج كذلك أن يطلب التطليق إذا كانت الزوجة تطرح حملها منه بإرادتها ، (مادة ١٥ /ج) [1] .

(٣) **حالة الهجر المتعمد** : abandon malveillant – تنص المادة ٩ من قواعد هذه الطائفة على أن « لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق عندما يتركه الآخر عن قصد سيء مدة ثلاث سنوات » [2] .

---

(١) انظر كذلك المادة ٤٩ من مجموعة الأرمن الأرثوذكس .

(٢) ويقابل هذا النص المادة ١٤٤١ من القانون المدنى اليونانى ، مع مراعاة أن هذا النص الأخير يجعل المدة سنتين فقط . وانظر تعليق روبلوس على هذا النص ، المرجع السابق ص ١٥١-١٥٣.

ويأخذ القانون الانجليزى بهذا السبب ، كما يعتبره القانون الايطالى سببا للتفريق الجسمانى (انظر جميل الشرقاوى ، البحث السابق ، ص ٢٨٦ و ٣٣٩) ، وفى القانون الفرنسى يعتبره القضاء نوعا من الإساءة البالغة التى تعطى للآخر الحق فى طلب التطليق ، على نحو ما بينا من قبل ص ٩٠٠ هامش ١.

والهجر المقصود فى هذه الحالة هو الهجر المتعمد volontaire ، الذى يتم بارادة أحد الزوجين دون رضا الآخر[(١)] ، وبقصد سىء ، دون أن يكون للزوج الآخر دخل فى حدوثه ، ودون أن يكون له ما يبرره من ناحية هذا الأخير . فاذا كان للهجر ما يبرره ، كما إذا كان ترك منزل الزوجية بسبب مضايقة الزوج الآخر أو خطئه أو إخلالة إخلالا جسيما بواجباته نحو زوجه ، أو غير ذلك من الأسباب كطرد الزوج من المنزل ، أو منعه من الدخول فيه ، فانه لا يدخل تحت الهجر على المعنى الذى نتكلم عنه[(٢)] . وإنما قد يؤدى مثل هذا السلوك من جانب الزوج الآخر إلى الفرقة واستحكام النفور وتصدع الحياة الزوجية بين الطرفين . وفى هذه الحالة يمكن للزوج البرىء أن يطلب التطليق على هذا الأساس الأخير ، حتى ولو كان هو الذى هجر منزل الزوجية . ولا يحق للزوج الآخر المتسبب فى الهجر أن يطلب التطليق استنادا إلى هذا السبب ، لأنه لا يصح له أن يستند إلى خطئه .

والهجر المقصود فى هذا الصدد ، والذى يتحقق بترك منزل الزوجية عمداً ودون سبب ، يتحقق بالابتعاد عن منزل الزوجية ، سواء أقام الشخص فى البلد نفسه أو فى أى مكان آخر[(٣)] .

---

(١) وقد جاء فى تعليق رويلوس ، سالف الذكر (ص ١٥٣) أنه يجب « أن يكون القصد منه التهرب من التزامات الزوجية ، وأخصها المعيشة المشتركة » .

(٢) وقد جاء فى تعليق رويلوس ، السابق أنه إذا « كان الهجر ناشئا عن الخوف لسبب معقول ، أو عن حاجة حقيقية إلى التمريض فى مصحة ، أو عن الاعتقاد الراسخ باغفال الزوج واجباته الزوجية ، أو أى سبب آخر يصلح لتبريره واستبعاد سوء القصد ونية تقويض المعيشة المشتركة ، فلا يعد الهجر سببا للطلاق » .

(٣) انظر مع ذلك: محمد أبو زهرة ، ص ٣٥٦ رقم ٣٠٤ . ويقول رويلوس فى التعليق على =

ويلزم أن يستمر مدة ثلاث سنوات طبقاً لما يقضى به النص السابق[1]. ويمكن القول فى هذا الصدد قياسا على ما عليه العمل فى القانون اليونانى أنه لا يلزم أن تنقضى مدة الثلاث سنوات عند رفع الدعوى؛ بل يكفى أن تكتمل هذه المدة قبل الحكم بالطلاق، أو كما تقول محكمة النقض اليونانية، يلزم تمامها وقت سماع المرافعة فى الدعوى[2].

١٧١ — ثانيا : الأرمن الأرثوذكس : عددت النصوص الخاصة بالطلاق لدى الأرمن الحالات التى يجوز فيها فى المادة ٣٦ إلى ٥٢ . وقد بينت المادة ٣٦ أنه « لا يقضى بالطلاق إلا لأسباب خطيرة، ولا سيما إذا وجد أولاد من

= نص القانون المدنى اليونانى المقابل للنص الذى نحن بصدده إن الهجر يوجد ليس فقط بالنسبة لمن ترك منزل الزوجية، بل إنه يوجد أيضا بالنسبة لمن يمنع الآخر من الدخول فيه . أو طرده منه .

والهجر فى هذه الحالة يختلف عن صورة أخرى هى ما تسمى بالهجر فى المضجع ومقاطعة الحديث، مع بقاء الزوجين تحت سقف واحد . وفى هذه الحالة الأخيرة يسمى الهجر بالهجر المعنوى، وهو يؤدى إلى الإساءة والإضرار بالزوج الآخر، مما يمكن القول معه بأنه يعتبر صورة من صور الإساءة والإيذاء المعنوى، التى تعطى الزوج الآخر الحق فى طلب التطليق على نحو ما بينا من قبل (انظر ما سبق رقم ١٦٥ وخاصة ص ٩٠٠) — وقارن مع ذلك حكم استئناف القاهرة السابق الاشارة إليه (ص ٩١٨ هامش ٢)، حيث رفض اعتبار الهجر فى المضجع فقط سببا للتطليق على أساس استحكام النفور والكراهية، وإن كان هذا لا ينفى إمكان اعتباره إيذاء يقع من الزوج على زوجه، ويبيح للآخير طلب التطليق متى توافرت شروطه .

(١) وقد أقر القضاء ذلك . ففى حكم لمحكمة استئناف الاسكندرية (١٩٥٨/٥/٢٨ المجموعة الرسمية س٥٨ عدد ٣و٤ رقم٤٦ قررت المحكمة أن « شريعة الروم الأرثوذكس تجيز للزوجة طلب الطلاق من زوجها إذا هجرها ثلاث سنوات ولم يعن بأمرها مطلقا، سواء كان غائبا عن الوطن أو لم يكن » . وانظر كذلك القاهرة الابتدائية فى ١١-٨-٥٦ رقم ١٨٩٧ س ٥٦ ك فى صالح حنفى ٢ رقم ٦٢٥ ص ٤٧٨ .

(٢) انظر تعليق رويلوس، السابق ص ١٥٣ .

الزواج المطلوب فسخه » . وقد أشرنا فى صدد كلامنا عن أسباب التطليق إلى الكثير عن الأسباب لدى طائفة الأرمن. ولكن هناك حالات أخرى انفردت مجموعتهم بالنص عليها ، وإن كان من الممكن إدخال الكثير منها تحت الأسباب التى تكلمنا عنها بصفة عامة لدى الطوائف الأرثوذكسية ، ونشير إليها بإيجاز فيما يلى :

(١) **العمل على البقاء فى حالة عقم** : نصت المادة ٤٩ من مجموعة الأرمن على أنه « يقضى بالطلاق إذا عمل أحد الزوجين على البقاء فى حالة عقم ، وعلى الأخص عند اتخاذ وسائل للاجهاض » [١].

(٢) **الاضرار بالمصالح المالية للاخر** : نصت المادة ٥١ على أنه يحكم أيضا بالطلاق ... إذا « أضر أحد الزوجين بالمصالح المالية للزوج الآخر ضرراً بليغا بسوء قصد » .

(٣) **حالات تعد اخلالا بالالتزامات الزوجية** : : نصت مجموعة هذه الطائفة على بعض حالات يجوز فيها التطليق . وقد سبق لنا الإشارة إليها عند الكلام عن الاعتداء من أحد الزوجين على الآخر [٢]. وقد نصت على هذه الحالات المادة ٤٣ ــ ٤٦ . وهى تتعلق بحالة ما « إذا أبى أحد الزوجين الاختلاط الزوجى » ، وحالة ما إذا رفض أحد الزوجين الاتصال الجنسى أثناء الزواج لغير مانع شرعى ، ما لم يكن هذا الرفض ناشئا عن سلوك الزوج الآخر » ،

---

(١) وقد رأينا ما جاء فى الحالة لدى الروم فى الفقرة السابقة .

(٢) انظر فيما سبق الفقرة ١٦٥ بصدد الاعتداء المعنوى ، وخاصة ص ٩٠٠ هامش ٤

وحالة ما إذا قصر أحد الزوجين فى واجبات المعونة والنجدة والحماية التى يفرضها الزواج عليه نحو الزوج الآخر » ، وحالة ما « إذا رفض أحد الزوجين معاشرة الآخر ، ما لم يكن لهذا الرفض مبرر » .

هذا وقد سبق لنا الإشارة إلى ما نصت عليه المادة ٤٩/٢ من مجموعة هذه الطائفة كذلك من أنه « يقضى بالطلاق إذا استبدل الزوج بالطريق الطبيعى للاتصال الجنسى ، طريقا مخالفا للطبيعة وللقانون » ، باعتبار أن هذه الحالة تدخل ضمن حالات الاعتداء المادى من أحد الزوجين على الآخر .

رابعا : انحلال الرابطة الزوجية لدى الكاثوليك

١٧٢ ـ **تمهيد** : لا تنحل الرابطة الزوجية لدى الكاثوليك بأى سبب من من الأسباب خلاف الموت . إلا أنه يفرق فى هذا الصدد بين الزواج الصحيح المقر المكتمل ، وبين الزواج الصحيح المقر غير المكتمل :

أما عن الزواج الصحيح المقرر المكتمل بين المؤمنين (المسيحيين) ، فانه غير قابل للانحلال إلا بالموت ، فلا ينحل بالزنا ولا بغيره من الأسباب . وقد نصت المادة ١٠٧ من الارادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية الشرقية على ذلك بقولها : « الزواج الصحيح المقرر المكتمل (ratum et cosommatum) لا يمكن حله بسلطان بشرى ، أيا كان ، ولا لأى سبب كان ما خلا الموت »[1] .

---

(١) ويقابل هذه المادة نص المادة ١١١٨ من القانون الكنسى الغربى . انظر القانون الكنسى باشراف Raoul Naz الجزء الثانى المرجع السابق ، رقم ٤٤٧ ص ٣٩٤ . وانظر كذلك مقال الأب عادل إيليا فى الرسالة المخلصية ، العدد السابق الاشارة إليه ص ٥٠٦ . وانظر فى عدم قابلية الرابطة الزوجية للانحلال De Smet السابق ص ٢٤٨ وما بعدها .

٢ ـ الزواج غير المكتمل : إذا كان الزواج صحيحا مقرراً لكنه غير مكتمل (non consommé) ، أى لم تتم فيه المخالطة الجسدية بين الطرفين ، رغم انعقاده صحيحا مستوفياً لكافة شروطه ، فان من الجائز حل الرابطة بالنسبة له فى حالتين نصت عليهما المادة ١٠٨ من الإرادة الرسولية[١] بقولها « الزواج غير المكتمل بين المعتمدين أو بين فريق معتمد وفريق غير معتمد ، ينحل بذات الشرع (de plein droit يعنى بقوة القانون) بالترهب الكبير أو الاحتفالى ، أو بتفسيح dispense يمنحه الحبر الرومانى لسبب عادل juste cause ، عن طلب من الفريقين أو من أحدهما فقط ، ولو بالرغم من الفريق الآخر » : ومن هذا النص نتبين أن الحالتين اللتين نص عليهما هما حالة الترهب الكبير ، وحالة وجود سبب عادل للتفسيح ويمنحه الحبر الأعظم ونعرض بإيجاز لهاتين الحالتين ، كما نعرض لحالة الامتياز البولسى .

١٧٣ ـ (أ) الحالة الأولى : دخول أحد الزوجين حياة الرهبانية :[٢] والمقصود فى هذه الحالة الترهب الكبير أو الاحتفالى (la profession solonnell) من أحد الطرفين ، سواء تم ذلك برضا الطرف الآخر أو دون رضاه . وتتفق هذه الحالة مع التعاليم الكنسية التى تفضل حياة البتولية على الزواج .

وتنحل الرابطة الزوجية هنا بقوة القانون بالترهب الكبير أو الاحتفالى وحده دون النذر البسيط . ومعنى هذا أنه يكون للطرف الآخر أن يتزوج من جديد بمجرد دخول الطرف الثانى فى الرهبانية . ذلك أن الزوجين فى هذه

---

(١) ويقابلها نص المادة ١١١٩ من القانون الكنسى الغربى ، انظر القانون الكنسى باشراف Naz ، السابق ص ٣٩٥-٣٩٧ .

(٢) انظر فى هذا الموضوع De Smet ، السابق ص ٢٦٦ وما بعدها .

الحالة لم يصيرا جسدا واحدا ، وتبعا لذلك يكون لأحدهما أن ينتقل كلية إلى الله عن طريق الرهبانية ، ويبقى الآخر فى الدنيا ، وله أن يعقد زواجا جديداً .

١٧٤ - (ب) الحالة الثانية : التفسيخ لسبب عادل : تنحل الرابطة الزوجية كذلك فى حالة الزواج المقرر غير المكتمل بسلطة الحبر الرومانى (البابا) ، متى وجدت علة قوية أو سبب عادل للتفسيخ . ويكون ذلك بناء على طلب الطرفين أو أحدهما ، ولو دون موافقة الآخر .

وإذا كان حل الرابطة الزوجية فى هذه الحالة من سلطة البابا كما سبق، فانه يلزم لمباشرة هذه السلطة : (١) أن يوجد سبب عادل ، فلا يكفى أى سبب لفصم الرابطة ، كما إذا اتفق الطرفان على ذلك أو إذا رغب أحدهما التزوج من آخر ، إذ لا يعد هذا سببا كافيا ، وإنما قد يعتبر سببا كافيا فى هذا الصدد طروء عجز جنسى على الزوج فى الفترة بعد العقد وقبل الدخول[١] .

(٢) يجب أن يتثبت الكرسى الرسولى من أن الزواج حقيقة غير مكتمل ، أى لم يحصل فيه دخول أو اتصال بين الطرفين . وله أن يستند فى ذلك إلى الشهادة من الزوجين والأقارب[٢] . كما يستند كذلك إلى الفحص الطبى وتقارير المختصين ، وأن يثبت لديه كذلك أن الزوجين لم يختليا لحظة واحدة بعد العقد ، أى أنهما كان فى استحالة من إقامة علاقة جنسية بينهما[٣] .

---

(١) وقد أدخل فى الاعتبار كسبب كاف فى هذا الصدد ، العجز الجنسى حتى ولو كان مؤقتا متى كان الشفاء منه لا يتم إلا بصعوبة (انظر De Smet هامش ٥ ص ٢٦١) .

(٢) انظر فى الاثبات عن طريق الشهادة فى هذا الصدد : De Smet ، السابق ص ٢٦٢ وهامش ٣ .

(٣) انظر المرجع المشار إليها بالهامش السابق بالصفحة نفسها هامش ١ .

على أنه ليس من المحتم إجابة الطرفين إلى التفريق فى هذه الحالة ، بل إن الأمر معلق على إرادة الكرسى الرسولى ، وقد يرفضه إذا خشى وقوع شكوك ذات شأن تنزل بالمؤمنين[١] .

١٧٥ـ الامتياز البوليسى : Le privilège paulin : هذا الامتياز يتمتع به من اعتنق الديانة المسيحية . وهو يفترض أن هناك زواجا تم بين غير المؤمنين بالمسيحية الذين لم ينالوا سر العماد ، ثم دخل أحدهما بعد ذلك هذه الديانة . فاذا عرض من آمن بالمسيحية على من بقى غير مؤمن بها أن يقيم معه ولم يقبل ، كان لمن دخل المسيحية وقبل سر العماد أن يعقد زواجا جديد ، بعد استيفاء سر العماد وتوافر شروط معينة . وبمجرد عقد الزواج الجديد صحيحا ينقض العقد الأول ولو كان مكتملا .

وقد سمى الامتياز البوليسى نسبة إلى الرسول بولس . كما يسمى كذلك بامتياز الإيمان ، ونسبة هذا الامتياز إلى الرسول بولس ترجع إلى ما جاء فى رسالته الأولى إلى أهل كورنثوس[٢] حيث يقول « وأما الباقون فأقول لهم أنا لا الرب إن كان أخ له امرأة غير مؤمنة وهى ترتضى أن تسكن معها فلا يتركها . والمرأة التى لها رجل غير مؤمن وهو يرتضى أن يسكن معها فلا تتركه . لأن الرجل غير المؤمن مقدس فى المرأة ، والمرأة غير المؤمنة مقدسة فى الرجل ، وإلا فأولادكم نجسون . وأما الآن فهم مقدسون ، ولكن إن فارق غير المؤمنين

---

(١) مقال الأب عادل إيليا ، الرسالة المخلصية ، العدد المشار إليه سابقا ص ٥٠٦-٥٠٧ .

(٢) الاصحاح ٧ ، الآيات ١٢ وما بعدها .

فليفارق . ليس الأخ أو الأخت مستعبدا فى مثل هذه الأحوال . ولكن الله قد دعانا فى السلام ... »

ولكى تنفصم الرابطة الأولى فى هذه الحالة يلزم أن يدخل أحد الزوجين فى المسيحية ويقبل سر العماد ، وأن يعقد زواجا جديدا صحيحا مع شخص مسيحى ، على أن يكون الأول قد هجره ورفض الدخول فى المسيحية ورغب عن مساكنته بسلام .

ومتى تم الزواج صحيحا فان الزواج الأول ينفصم بقوة القانون ، سواء كان الزواج الجديد مكتملا أو غير مكتمل [1] .

خامسا : أسباب عدم قبول دعوى التطليق

١٧٦ — **تمهيد** : إذا كان من المفروض أنه عند توافر سبب من أسباب التطليق السابق ذكرها ، يكون لمن قام السبب لصالحه أن يطلب إلى القضاء الحكم به ، إلا أنه قد يحدث أن يطرأ من الظروف ما يمنع رفع الدعوى ويجعلها غير مقبولة إذا ما رفعت ، أو يوقف سيرها ويسقطها إذا كان قد تم رفعها ولم يفصل فيها بعد [2] .

---

(١) انظر فى تفصيل هذا الموضوع المواد ١٠٩ وما بعدها من الارادة الرسولية . وانظر ما يقابلها فى القانون الكنسى الغربى المواد ١١٢٠ وما بعدها ، القانون الكنسى باشراف Naz السابق رقم ٤٤٩ وما بعدها ص ٤٩٧ وما بعدها و De Smet السابق ص ٢٧١ وما بعدها .

(٢) وإذا رفع من تقرر لصالحه طلب التطليق الدعوى رغم توافر أحد هذه الظروف يكون للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبولها .

وقد ذكرت القواعد الطائفية بعض الأسباب التى تمنع قبول الدعوى أو توقف سيرها ، منها حالة الصلح والتوفيق بين الزوجين والعفو عن المخطىء منهما، وحالة وفاة أحدهما . وتنص القواعد الخاصة بطائفة الروم الأرثوذكس على سقوط الحق فى طلب التطليق إذا ما وافقت الزوجة على عقد زواج ثان . كما تنص كذلك على سقوط هذا الحق بمضى المدة . ونعرض لهذه الأمور بإيجاز فيما يلى (١)

١٧٧ — **الصلح والتوفيق :** قد يحدث أن يتصالح الزوجان ، سواء بعد حدوث الوقائع المدعاة فى الطلب أو بعد تقديم الطلب إلى القضاء. وفى هذه الحالة لا تقبل دعوى التطليق . فالصلح يسقط حق من توافر سبب التطليق لصالحه ، وينتهى الأمر . إذ هو ينطوى على تنازل هذا الطرف عن التمسك به ، لأنه قد يرغب فى الصفح عما بدر من خطأ من الطرف الآخر . وطالما كان الأمر كذلك فإن لمن قام سبب التطليق لصالحه أن يتنازل بإرادته المنفردة عن طلب التطليق ، وله ذلك حتى ولو دون حاجة إلى موافقة الآخر .

والتنازل عن طلب التطليق أو الصفح فى هذه الحالة لا يتخذ صورة معينة، فقد يكون صريحا ، وقد يكون ضمنيا يستنتج من الظروف ، وخاصة من سلوك من تقرر لصالحه من الزوجين . من ذلك مثلا حالة ما إذا علم الزوج بزنا زوجته ورضى بمعاشرتها واستمرار الحياة معها رغم ثبوت الزنا عليها . إلا أنه ينبغى الحذر فى تقرير تنازل الزوج فى مثل هذه الحالة وصفحه عن زوجه بناء على

---

(١) مع مراعاة تطبيق القواعد العامة فى المرافعات وما يكملها من اللائحة الشرعية بالنسبة للاجراءات أيضا إلى جانب هذه الحالات .

سلوكه . فلا يكفى أن يستمر الزوجان فى المساكنه والمعيشة المشتركة ،إذ لا يعد هذا بذاته دليلا قاطعا على الصفح عن خطأ الآخر .[١] وإنما لا بد من صدور أفعال تدل بذاتها على رضاه باستمرار الحياة الزوجية وعودتها إلى حالتها الطبيعية وهذه مسألة ظروف تقدر فى كل حالة على حدتها ، ويقدرها القضاء دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض [٢] .

والتنازل عن خطأ الزوج الآخر أو الصفح ينبغى أن يتم عن علم وبينه ، أى ينبغى أن يعلم المتنازل أنه يتنازل عن حقه فى رفع دعوى التطليق بعد أن تحقق سببه ، قاصدا من وراء ذلك إلى إسدال ستار النسيان على الخطأ ، والابقاء على أواصر الزوجية .

ويختلف التنازل الذى يتم فى هذه الحالة عن الصورة التى تكلمنا عنها فيما سبق بالنسبة لرضا الزوج السالف بزنا زوجته أو تحريضه لها على ارتكابه ، إذ فى هذه الحالة لا يقبل منه أصلا طلب التطليق ، لأنه يعد مشتركا فى خطأ الزوجة .

على أن الصلح بين الطرفين والتنازل عن رفع الدعوى لا يمنع من رفع دعوى أخرى إذا ما طرأ سبب جديد بعد الصلح ، أو إذا ما اكتشف بعد الصلح خطأ يصح أن يكون سببا للتطليق ، ولم يكن معروفا لدى من صدر منه الصفح .

---

(١) وقد قضى فى فرنسا بأن المساكنة أو المعيشة المشتركة cohabitation - مهما كانت درجة الود بين الزوجين فيها - لا تنطوى بالضرورة على الصلح (انظر عرائض فرنسى فى ٣٠ يناير ١٩٣٩ فى : D.H.1939.197 ، ونقض مدنى فى ٢ مايو ١٩٥٠ فى D.1950.450 .

(٢) ويقرر القضاء الفرنسى فى هذا الصدد بأن وصف الأفعال المكونة للصلح يخضع للتقدير المطلق لقاضى الموضوع. (انظر عرائض ١٦ يناير ١٩١٢ فى D. P. 1912 1, 160 ، نقض مدنى ٢٩ نوفمبر ١٩٤٩ فى D.1950,21 وفى ٢٨ نوفمبر ١٩٥١ و ٩ يناير ١٩٥٢ فى : D.1952.70 et 194 .

ولمن تقرر التطليق لصالحه فى هذه الحالة أن يستند إلى الأسباب القديمة التى صدر عنها الصفح فى تأييد دعواه الجديدة [1].

١٧٨ – موت أحد الزوجين: « تنقضى دعوى الطلاق بوفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم النهائى بالطلاق » [2]

ومن الواضح أن الدعوى فى هذه الحالة لا يمكن رفعها إذا لم تكن قد رفعت بعد ، كما أنه لا يمكن متابعة السير فيها من تاريخ وفاة أحد الزوجين . أى أن الأمر يتعلق هنا بانقضاء الدعوى لا بعدم قبولها ، وذلك على أساس أن الزواج قد انحل بالوفاة فلا محل لدعوى طلب التطليق ، سواء كان من توفى هو الزوج المخطىء أو من قام لصالحه سبب من أسباب التطليق [3] .

ويكون انقضاء الدعوى على النحو السابق طالما أنه لم يصدر حكم نهائى

(١) انظر فى هذا : المادة ٥٩ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط وهى تقابل المادة ٦٤ من مجموعة ١٩٣٨ والمادة ٢٤٤ من القانون المدنى الفرنسى .

وتأخذ الطوائف الأخرى بالفكرة نفسها . من ذلك ماجاء بالنسبة **للروم** الأرثوذكس فى المادة ١٧ والتى تقابل المادة ١٤٤٧ من القانون المدنى اليونانى (انظر تعليق رويلوس على القانون المدنى اليونانى ، السابق ص ١٦٣-١٦٥) ، وكذلك المادة ٦٣ من **مجموعة الأرمن** وتنص هذه الأخيرة على أن « تنقضى دعوى الطلاق إذا تصالح الزوجان ، سواء حصل هذا الصلح بعد الوقائع المدعي بها أو بعد تقديم طلب الطلاق . وفى كلتا الحالتين يقضى بعدم قبول دعوى طالب الطلاق . إنما يجوز له أن يرفع دعوى جديدة لسبب طرأ أو اكتشف بعد الصلح . وله أن يستند إلى الأسباب القديمة فى تأييد دعواه الجديدة » .

(٢) المادة ٦٠ و ٦٥ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ للأقباط والمادة ٦٣ أرمن ، وهى تنص على أن لا تنقضى دعوى الطلاق بوفاة أحد الزوجين قبل أن يصبح بائناً فى سجلات الزواج » .

(٣) انظر بلانيول وريبير وبولانجى ، السابق رقم ١١٢٣ ص ٤١٢ .

بالتطليق. أما إذا مات أحد الزوجين بعد صدور حكم نهائى، فانه لا يكون للوفاة أثر على ما يرتبه هذا الحكم من نتائج يكون من الممكن تنفيذها بعد وفاة الطرف الآخر.

١٧٩ — **الموافقة على عقد زواج ثان لدى الروم** : نصت المادة ٧ من القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس على أنه « لا تقبل دعوى الزوج الذى وافق على الزنا أو عقد قرينه زيجة ثانية » . وقد رأينا أن موافقة الزوج على الزنا يعد اشتراكا فى الخطأ مما يجعل دعواه غير مقبولة (١) .

أما بالنسبة لموافقة الزوج على « عقد قرينة زيجة ثانية »، فان شريعة الروم تجعل من الزواج بامرأة أخرى سببا يبيح للأولى طلب التطليق ، على أساس أن يكون ذلك وسيلة لمحاربة الزنا فى صورة خاصة باحتماء الزوج وراء عقد زواج ثان لستر زناه ، مما يجعل هذا السبب ملحقا بالزنا ويأخذ حكمه . فإذا تم الزواج بعلم الزوجة الأولى ورضائها لا يكون لها طلب التطليق طبقا للنص سالف الذكر، وتكون دعواها غير مقبولة . والواقع أن رضا الزوجة بالزواج الثانى إذا كان يحرم هذه الزوجة من طلب التطليق فى هذه الحالة ، فان هذا لا يعنى قيام الزواج الثانى الذى رضيت به ، إذ الزواج الثانى يعتبر باطلا لقيام الزواج الأول ؛ وهذا

---

(١) والمقصود بموافقة الزوج على الزنا فى هذه الحالة هو حصول الزنا برضائه وهو ما يتضح من النص المقابل للمادة فى القانون اليونانى وهى المادة ١٤٣٩ من القانون اليونانى وقد جاء فيها :

« est irrecevable l'action de l'époux qui a consenti à l'adultère ou à la bigamie de son conjoint ».

ما نصت عليه المادة ٣/أ من مجموعة الروم نفسها ، إذ تجعل قيام زواج سابق من الموانع القطعية للزواج [١] .

١٨٠ ـ **مضى المدة** : نصت المادة ١٨ من القواعد الخاصة بالروم كذلك على أنه « فى الحالات المنصوص عنها فى المـواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٥ ، ١٦ [٢] تسقط دعوى الطلاق بمرور عام واحد من حين علم الطرف المهان بسبب الطلاق، وإلا فبمرور عشرة أعوام من يوم وجود سبب الطلاق . وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تقرر سقوط الدعوى » .

والواقع أن سقوط دعوى التطليق فى هذه الحالة يقوم على ناحيتين. ذلك أنه فى الحالة الأولى ، وهى حالة علم الطرف المهان بسبب الطلاق وسكوته، يعد صفحا عن المخطىء . أما إذا لم يعلم بالسبب واستمر الوضع عشرة أعوام فان المصلحة العامة تقتضى إسدال الستار على سبب التطليق . ويكون للمحكمة أن تقرر سقوط الدعوى ولو من تلقاء نفسها .

---

(١) والقول بغير ذلك يترتب عليه نتيجة شاذة هى أن الزوج يجمع بين زوجتين ، وهذا مالا يتفق مع المبادىء المسيحية فى شأن وحدة الزوجة . انظر ما قاله ابن العسال فى هذا الصدد ، المرجع السابق ص ٢٠٦ وقد أشرنا إليه سابقاً ص ٨٢٥ هامش ١ من هذا الكتاب .

(٢) وهى الحالات المتعلقة بالزنا والتعدد ، والاعتداء على الحياة ، والهجر المتعمد ، وعدم بكارة الزوجة وسوء سلوكها وطرح الحمل بارادتها ، وتعريض عفاف الزوجة للفساد واتهامها بالزنا على غير أساس .

الفرع الثانى

الآثار المترتبة على انقضاء الرابطة الزوجية

١٨١ — **تمهيد :** يترتب على انحلال الرابطة الزوجية انتهاء الزواج بالنسبة للمستقبل فقط ، فلا يمس انقضاؤها ماتم من آثار فى الماضى . وفى هـذا يختلف انحلال الرابطة الزوجية عن البطلان ، كما قدمنا .[1] وانقضاء الرابطة على هـذا الوجه تترتب عليه آثار هامة ، سواء بالنسبة للرابطه الزوجية نفسها ، أم بالنسبة للعلاقات المالية بين الزوجين ، أم بالنسبة للأولاد . ولهـذا نعرض لـكل من هذه الموضوعات الثلاثة .

أولا . بالنسبة للرابطة الزوجية نفسها

١٨٢ — انحلال الرابطة الزوجية بالنسبة الى المستقبل وآثارهذا الانحلال:
تنحل الرابطة الزوجية بالنسبة إلى المستقبل ؛ وذلك من تاريخ الحكم النهائى الذى يقرر هذا الانحلال . ويترتب على ذلك نتائج متعددة .

فبانقضاء الرابطة الزوجية تزول الآثار التى تترتب على الزواج، أى تزول حقوق كل من الزوجين ، ويتحرر من واجباته الزوجية نحو الآخر ، فـتزول الالتزامات المشتركة بين الزوجين كالالتزام بحسن المعاشرة وماينطوى تحته من واجب المعاونة والمساعدة ، والالتزام بالمعيشة المشتركة وما يندرج تحته كذلك؛ فلا يكون لأحدهما أن يجبر الآخر على مساكنته ومخالطته مخالطة جسدية ، كما لا يلزم أحدهما بالاخلاص للآخر . وفضلا عن ذلك تزول الـتزامات الزوج

(١) انظر فيما سبق رقم ١٣١ ص٦٤١ من هذا الكتاب .

نحوزوجته ، كالتزامه بأداء النفقة الزوجية ، والتزامات الزوجة نحوزوجها كالتزامها بطاعته . كما تنقضى كذلك صفة الزوج باعتباره رئيس الأسرة ، ويعود للزوجة اسم أسرتها الأصلى السابق على الزواج ، إذا كانت قد حملت اسم زوجها أثناء الزواج . إلى غير ذلك من الآثار التى تترتب على قيام الزواج (١) .

وبانحلال الرابطة الزوجية كذلك يكون لكل من الزوجين أن يتزوج من جديد بشخص آخر ، مع مراعاة فترة العدة بالنسبة للمرأة . بل ويستطيع من وقع بينهما الطلاق الرجوع لبعضهما ثانية مع القيام باجراءات الزواج الكنسية من جديد وتوثيقه لدى الموثق المختص (٢) .

---

(١) نصت المادة ٦٣ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط على هذا المعنى بقولها : « يترتب على الطلاق انحلال رابطة الزوجية من تاريخ الحكم النهائى الصادر به . فتزول حقوق كل من الزوجين وواجباته قبل الآخر ... » . وهى تقابل المادة ٦٨ من مجموعة ١٩٣٨ . وجاء فى المسألة ٢٧ من الخلاصة القانونية أنه : « يترتب على الفسخ أولا : انحلال الارتباط الزوجى بكل متعلقاته الشخصية » ، وهو ما نصت عليه المادة ٩٧ من مجموعة **السريان** . وتنص المادة ٦٧ من القواعد الخاصة **بالأرمن** على أن « حكم الطلاق المستوفى لشروط المادة ٦٢ يفسخ رابطة الزوجية » . وتنص المادة ٦٨ على أنه « يعود إلى المرأة قانوناً وحتما اسم أسرتها » كما تنص المادة ٢٢ من قواعد **الروم** على أن « يعود للزوجة المطلقة اسم عائلة أبيها » .

(٢) انظر المادتين ٦٤ و ٦٥ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط وتقابلان المادتين ٦٩و٧٠ من مجموعة ١٩٣٨ مع بعض الفوارق وانظر كذلك المادة ٦٩ **أرمن** إذ تقضى بأنه « فى حالة المراجعة تتبع الاجراءات الدينية التى تقتضيها قوانين الكنيسة ، ولا يقبل منهما — بعد المراجعة — أى طلب جديد بالطلاق لأى سبب كان ، عدا صدور حكم بالحبس المنصوص عليه فى المادة ٤٠ بعد المراجعة » . ولا صعوبة فى حالة ما إذا لم تكن الزوجة قد تزوجت بآخر ، ولكن ما يثار فى هذا الصدد هو مسألة عودة المرأة إلى زوجها الأول بعد أن تكون قد تزوجت بآخر وطلقت منه . فهل يمكن أن تعود للأول ؟ أثير هذا الموضوع نظراً لما ورد فى التوراة (تثنية ٢٤ آيات من ١ إلى ٤) من أنه إذا طلقت المرأة وتزوجت بآخر ثم توفى هذا الأخير فلا تعود للأول ، إلا أنه يراعى أن النصوص الحديثة للأقباط — متأثرة بالتطور الذى حدث فى القانون الفرنسى — لا تقيد من إمكان عودة الزوجة إلى الزوج الأول ، سواء=

إلا أن قواعد الأقباط الأرثوذكس بعد أن قررت أنه يجوز لكل من الزوجين التزوج من جديد بشخص آخر ، عادت واستدركت قائلة « إلا إذا نص الحكم على حرمان أحدهما أو كليهما من الزواج » [1] . ولكنا رأينا من قبل [2] أن هذا الأمر يتنافى مع مبدأ من المبادىء الأساسية ، وهو حرية الزواج ، وتبعا لذلك يتعارض مع النظام العام ، فلا تتوافر بذلك شروط تطبيق شريعة غير المسلمين ، على نحو ما جاء فى المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . والواقع أنه إذا كان لمثل هذا الحكم مجاله فى التطبيق عندما كانت السلطة الدينية تتولى الفصل فى المنازعات بين الطوائف الخاضعة لها ، وكانت تملك تبعا لذلك تطبيقه ، فتحرم بذلك أحد الزوجين أو كليهما من الزواج ، إلا أن المحاكم لا تستطيع إعماله الآن ، بعد أن آل اليها الاختصاص فى مسائل الأحوال الشخصية .

= تزوجت بآخر وانفصلت عنه أم لم تتزوج ، وكل ماهنالك أنه ينبغى اتخاذ الاجراءات اللازمة لهذه العودة .

ويرى ابن العسال فى هذا الصدد أنه لايكلل لها ثانية بل تكون صلاة الكاهن لها بالاستغفار ، لأن البركة لا تمنح إلا مرة واحدة . (انظر تفصيلا لهذا الموضوع فى إيهاب اسماعيل الرسالة السابقة ص ٢٧٦ وما بعدها . وانظر كذلك المادة ٦٩ من قواعد **الأرمن** وهى تخالف النصوص الحديثة للأقباط وتتفق مع ما جاءت به التوراة من أنه لا يجوز للزوجين المحكوم بطلاقهما أن يتزوجا معاً من جديد إذا كان أحدهما قد عقد بعد الطلاق زواجا انتهى أيضا بالطلاق . وقد سبق أن رأينا أن اليهود يعتبرون هذه الحالة مانعا من الزواج لأن المرأة تتنجس بالزواج الثانى .

(١) المادة ٦٤ من مجموعة ١٩٥٥ . وتضيف المادة ٦٩ المقابلة لها فى مجموعة ١٩٣٨ إلى ذلك « وفى هذه الحالة لا يجوز لمن قضى بحرمانه أن يتزوج إلا بتصريح من المجلس » . وانظر كذلك المسألة ٢٧ ثالثا من الخلاصة القانونية .

(٢) ص ٢٧٦ من هذا الكتاب .

ثانيا . بالنسبة للعلاقات المالية بين الزوجين

١٨٣ — تمهيد : متى انقضت الزوجية وأصبح التطليق نهائيا ، انقضت كذلك الالتزامات المالية التى يرتبها عقد الزواج بين الزوجين ، ويزول حق كل منهما فى الميراث . فلا يرث أحدهما الآخر عند موته لانقطاع الصلة بينهما [1] كما يلتزم كل منهما بأداء ما يستحقه الآخر من الحقوق المالية الخارجة عن المهر والجهاز وما يليه [2] .

ويقتضى الكلام ، فى شأن أثر انقضاء الرابطة الزوجية على العلاقات المالية بين الطرفين ، أن نعرض لأحكام النفقة والتعويض اللذين قد يحكم بهما على أحد الطرفين للآخر ، كما يقتضى أيضا أن نعرض لهذا الأثر بالنسبة لحقوق كل من الطرفين على ما قد يسمى من مهر أو بائنه (دوطه) ، ولما قد يكون هناك من جهاز وأمتعة خاصة بمنزل الزوجية .

١٨٤ — النفقة والتعويض :

وردت القواعد الخاصة بالنفقة والتعويض، اللذين قد يحكم بهما بعد التطليق، مقتضبة غير واضحة . فقد نصت المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس على أنه «يجوز الحكم بنفقة أو تعويض لمن حكم له بالطلاق على الزوج الآخر» [3] .

---

(١) وهذا على خلاف ما يكون بالنسبة للأولاد ، إذ لا يؤثر انفصام الرابطة بين والديهم على ما لهم من حقوق قبلهما . وعلى خلاف انقضاء الرابطة بالوفاة إذ الوفاة سبب من أسباب الميراث . فاذا توفى أحد الزوجين حال قيام الزوجية ورثه الآخر .

(٢) انظر المسألة ٢٧ خلاصة والمادة ٩٧ ثانيا من السريان .

(٣) المادة ٦٦ و ٧١ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨ .

ويتضح من هذا النص أن الحكم بأى منهما جوازى للمحكمة. وهذا ما تقره القواعد الخاصة ببعض الطوائف الأخرى بالنسبة للنفقة [1] . وسنتكلم فيما يلى عن النفقة والتعويض لما بينهما من اختلاف فى الأحكام .

النفقة : والنفقة فى هذا الصدد تختلف عن النفقة الزوجية وهى التى تتقرر حال قيام الزوجية ويظل الالتزام بها قائما طالما بقيت الزوجية قائمة، لا تسقط إلا بالنشور وبإخلال أحدهما بالتزاماته على النحو السابق بيانه . أما النفقة هنا فهى تتقرر حتى بعد انقضاء الرابطة الزوجية . ويفرق فى شأنها بين حالتين . فقد يحكم بها إذا كان سبب التطليق من الأسباب القهرية التى لادخل للإرادة فيها ، وقد يحكم بها إذا كان سبب التطليق إراديا .

التطليق لسبب قهرى : تقضى القواعد الخاصة ببعض الطوائف بتقدير نفقة على من طلب التطليق لصالح الطرف الآخر متى كان سببه خارجا عن إرادة هذا الأخير كالأمراض بصفة عامة . ومن هذه القواعد مالا يفرق بين سبب وآخر وإنما يتكلم عن الأسباب القهرية بصفة خاصة ، وهذا هو الشأن بالنسبة للأقباط

(١) فتنص المادة ٧٥ **ارمن** على أن « للمحكمة أن تقضى للزوج الذى صدر له حكم الطلاق بنفقة يدفعها الزوج الآخر » . فالأمر جوازى للمحكمة كذلك لدى الأرمن . ومع هذا فإن المادة ٢٤ من قواعد **الروم** الأرثوذكس تنص على أنه « على من يحكم عليه من الزوجين بأن المتسبب وحده للطلاق أن يدفع حسب مقدرته المالية نفقة للأخير ، إذا كان هذا محتاجا » أى أن النفقة تعتبر هنا واجبه عند حاجة الآخر إليها (انظر المادتين ١٤٠٤-١٤٠٥ من القانون المدنى اليونانى) . أما **الانجيليون** فقد تكلموا عن النفقة عند الكلام عن المفارقة فنصت المادة ١٥ من قواعدهم على أنه « إن كان الزوج سببها (المفارقة) وجبت عليه النفقة لامرأته وأولاده الذين فى رضاعتها أو حضانتها باتفاق الزوجين على تقديرها أو بتقديرها من السلطة المختصة . وإن كانت الزوجة سبب المفارقة فلا تلزمه النفقة عليها إذا كان له أولاد فى رضاعتها » . فالنفقة عندهم واجبة على الزواج إذا كان سبب المفارقة من جانبه ، أما إذا كانت هى المتسببة فى الفرقة فلا تلزمه النفقة ، حتى ولو كان له أولاد فى رضاعتها .

والسريان . ومنها ما يقصر الحكم بالنفقة على حالة الجنون وحدها كما هو الشأن بالنسبة للروم والأرمن . فقد جاء فى الخلاصة القانونية ومجموعة السريان أنه إذا كان التطليق لسبب قهرى وكان من جهة المرأة « فإن كان ذلك حدث بعد الزواج ، فلها كل ما أمرها وكل ما تجهزت به . هذا إذا كان لم يعدم . أما إذا كان ذلك قد عدم فليعتزلها وينفق عليها » . ويتضح من هذا أن الحكم بالنفقة يكون فى حالة ما إذا كان ما أمهرها وما تجهزت به قد أعدم ، وإلا فلا نفقة لها[1]. وعلى خلاف ما سبق فإن النصوص الخاصة بالروم والأرمن واضحة فى هذا الصدد ، وهى تجعل النفقة واجبة على طالب التطليق سواء كان هو الزوج أو الزوجة . فتقرر المادة ٢٤ روم أنه « .. إذا كان الحكم مبنيا على إصابة أحد الزوجين بقواه العقليه يكون الآخر ملزما بأن يقدم له نفقة ، كما لو كان قضى بالطلاق بسببه وحده .. »[2].

وأيا كان الأمر فإن تقدير النفقة فى هذه الحالة أساسه البر والعطف على الطرف الآخر ، وهو ما تدعو إليه المسيحية بصفة عامة . ولذلك يمكن القول بإعمال هذا الحكم بالنسبة للطوائف الأخرى ، على أن يراعى فى تقدير النفقة ظروف كل من الطرفين ، كما سنرى .

---

(١) أنظر المسألة ٢٨ من الخلاصة القانونية . وهو نفس ما جاء بالنسبة للسريان (المادة ٩٩) . ويبدو أن تقرير النفقة هنا يكون على الزوج فقط لزوجته التى كان السبب من جهتها . أما إذا كان من جهة الرجل فلا نفقة عليها متى طلبت التطليق ، مع مراعاة استحقاق المرأة لجهازها ، ولمهرها بحسب ما جاءت به المسألة ٢٨ من الخلاصة ، والمادة ٩٨ سريان .

(٢) وهذا النص يقابل المادة ١٤٥٩ من القانون اليونانى . وهو نفس ما جاء فى المادة ٧٥ بالنسبة للأرمن إذ تقرر أن « الحكم بالنفقة واجب حتما فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٣٩ » وهذه الأخيرة تقضى بأنه « يجوز الحكم بالطلاق بعد مضى ثلاث سنوات من إصابة أحد الزوجين بجنون لا يشفى » .

التطليق لأسباب إرادية :ـ وفى هذه الحالة يحكم بالنفقة على من كان السبب من ناحيته ، وقد نصت القواعد الخاصة بالطوائف الأرثوذكسية على هذه الحالة عدا مجموعات السريان التى لم تتعرض لها بصورة صريحة واضحة . وتتفق قواعد الطوائف فى هذا الصدد على أن الملتزم بالنفقة هو من تسبب بفعله فى الطلاق [1]، إذ ينظر إلى سلوكه على أنه سلوك خاطىء ، وتفرض النفقة عليه كجزاء له على خطئه ، مما يجعل لها صفة تعويضية . ويفهم مما جاءت به قواعد الروم أنه لكى يحكم بالنفقة فى هذه ينبغى أن يكون المحكوم عليه هو المتسبب وحده فى الطلاق . وعلى ذلك فاذا كان الطرف الآخر قد ساهم فى الخطأ وكانت المسئولية عن الطلاق مشتركة فلا يحكم عن أى منهما بنفقة للآخر [2].

وإذا كانت النفقة تفرض مبلغا من النقود يدفع كل شهر كما جرى العمل على ذلك فان المادة ٢٤ من قواعد الروم تقضى مع ذلك بأنه « يجوز قضاء النفقة بدفعة واحدة بناء على طلب من له الحق فيها إذا وجدت لذلك أسباب قوية » (أنظر المادة ١٤٨٧ مدنى يونانى) .

ويراعى عند تقدير النفقة هنا ما يتقرر بالنسبة للنفقة الزوجية من حيث أساس تقديرها ، وتأقيتها بالظروف التى يصدر فيها الحكم ، إلى غير ذلك مما سبق الكلام عنه فى حينه [3].

ولعل أهم ما يثار فى هذا الصدد هو المدة التى يحكم بالنفقة خلالها . فهل

---

(١) أنظر المواد المشار إليها ص٩٤٨ هامش٢و٣ مع مراعاة ماتقضى به القواعد الخاصة بالانجيليين من حيث عدم فرضها على الزوجة لزوجها ، وسقوط نفقتها إذا كان التطليق بسببها .

(٢) أنظر جميل الشرقاوى ، فى الأحوال الشخصية للأجانب السابق ص ٢١٤ هامش ١ .

(٣) أنظر كذلك المادة ١٠٠ ، ١٠١ أرمن والمادة ١١٥ ومابعدها سريان .

يستمر الحكم بالنفقة بعد انقضاء الرابطة الزوجية دون قيد زمنى ؟ أم أن المحكوم عليه يلتزم بدفعها إلى أجل معين ؟ من المسلم به أولا أنه إذا ما عقد المنتفع بالنفقة زواجا جديداً سقطت نفقته[١]. وهى تسقط كذلك بوفاة المحكوم له بها فلا تورث عنه[٢]، كما تسقط كذلك بوفاة الملتزم بها[٣]. وتسقط أخيراً، كما يتضح من القواعد الخاصة ببعض الطوائف. باعسار من فرضت عليه وعدم حاجة من فرضت له[٤].

أما فيما عدا ذلك فماذا يكون الحكم، هل يستمر دفع النفقة دون تحديد مدة ؟ لا نجد من بين القواعد الخاصة بالطوائف مايجيب على هذا التساؤل بصورة صريحة. وإن كان يفهم من النصوص الواردة لدى بعض الطوائف أن الأمر يترك للرئيسى الروحى الأكبر الذى له أن يثبت الفسخ بين الزوجين، وهو ما يعنى ترك الأمر للقضاء فى الوقت الحاضر لأنه هو الذى يقضى بالتطليق

---

(١) وهذه القاعدة واضحة بذاتها ويمكن تطبيقها على كافة الطوائف. وقد نصت عليها المادة ٢٤ روم والمادة ٧٥ أرمن.

(٢) المادة ١٤٠ و ١٤٥ من مجموعتى ١٩٥٥و١٩٣٨ أقباط ولاشك فى أنه لا يمكن لورثة المطالبة بالنفقة بعد وفاة مورثهم. لكن هل لهم المطالبة بالمتجمد ؟ لايبيح النص السابق ذلك. وهذا هو حكم الشريعة فى دين النفقة، إذا يسقط هذا الدين بموت أحد الزوجين. فلو مات الزوج لا يكون للزوجة أخذ مالها من دين فى ذمته. ولو ماتت هى فليس لورثتها المطالبة بشىء منه (محمد يوسف موسى .. السابق ص ٢٣١).

(٣) أنظر ذلك المادة ٢٤ روم حيث تقضى بأنها لا تسقط بموت الملتزم بها. وانظر كذلك المادة ١٤٩١ مدنى يونانى، وهى تنقضى بأنه « ينقضى الحق فى النفقة بموت صاحب الحق فى اقتضائها أو الملتزم بها، وذلك فيما عدا ما يستحق منها عن الماضى والمبالغ الشهرية الواجبة الأداء وقت الوفاة (أنظر روبلوس السابق ص ١٩٩).

(٤) المادة ١٣٨و١٤٣ من مجموعتى ١٩٥٥و١٩٣٨ والمادة ١٠١ أرمن.

بين الزوجين [١]. كما يفهم مما جاءت به قواعد بعض الطوائف أن من الممكن الحكم بالنفقة جملة واحدة ، مما يعنى إمكان وضع حد زمنى لها، نظراً لإمكان معرفة جملة ما يقضى به . ولهذا نرى الاستنارة بما جاءت به أحكام الشريعة الاسلامية فى هذا الصدد ، فتحدد النفقة بالنسبة للزوجة بفترة المدة ، وفى جميع الحالات لا ينبغى أن تتجاوزه سنة [٢]. وتحديدها بفترة العـــدة يكون بالنسبة لحالة تقريرها على الرجل للمرأة ، إذ أن النفقة ، أيا كانت ـ زوجية أو نفقة عدة ـ إنما تفرض فى الشريعة الاسلامية نظير احتباس المرأة أثناء الزواج وبعده حتى تنتهى العدة . ولهذا نرى الأخذ بهذه القواعد ، والاكتفاء بفرض النفقـة على الرجل فقط متى كان سبب التطليق من جانبه . فاذا كان السبب من جانب المرأة فلا نفقة لها . ولا تفرض للزوج نفقة عليها ـ على الأقل بالنسبة للأسباب الارادية [٣] .

التعويض : إذا كانت النفقة تجب على طالب التطليق فى حالة الأسباب

---

(١) فقد نصت المادة ١٠٢ من مجموعة السريان ـ عقب الكلام عن حكم المهر والجهاز بعد الفسخ « إن إنفاذ الحكم فيما ذكر وما لم يذكر مما يقاس عليه وما يترتب على ذلك من جهة الجهـــاز والمهر والنفقة منوط بالرئيس الروحى الأكبر الذى له أن يثبت الفسخ بينهما » انظر كذلك آخر المسألة ٢٨ من الخلاصة القانونية للأقباط .

(٢) وتقضى المادة ١٧ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بأنه « لا تسمع الدعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق » وانظر أيضاً المادة ١٨ من القانون نفسه .

(٣) وهذا هو ما يتفق مع ما تقرره المادة ١٥ من قواعد الانجيليين كما قدمنا . ومع ذلك فاننا رأينا أن القواعد الخاصة ببعض الطوائف تفرض النفقة على الزوجة لزوجها احتياطا فى حالة إعساره وعدم قدرته على الكسب مع قدرتها على الانفاق ، وهـــذا بالنسبة للنفقة حال قيام الزوجية فقط . أما بالنسبة لفرض نفقة عليها بعـــد التطليق ، إذا كان السبب إرادياً من جانبها ، فإنه إذا كانت القواعد الطائفية ترى فرض نفقة عليها ، فاننا نرى تطبيق فكرة الحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه ، كما سيأتى فى المتن .

القهرية كالجنون ، وتجب على المتسبب فيه بالنسبة للأسباب الإرادية ، فما هو الوضع بالنسبة للتعويض فى كلتا الحالتين ، هل يمكن أن يحكم به فيهما ؟

لا شك أنه بالنسبة للأسباب القهرية ينتفى الخطأ على طالب التطليق ولهذا فلا مجال للحكم بالتعويض ، لأن أساس الحكم بالنفقة ليس هو الخطأ ، وإنما هو البر والرأفة بالشخص الآخر الذى كان السبب القهرى من جانبه .[1]

أما بالنسبة للأسباب الإرادية فهى التى يمكن أن يثار بشأنها الكلام عن التعويض . ذلك أن القواعد الطائفية تقرر الحكم على المتسبب فى التطليق بنفقة ، وهنا يثار التساؤل عما إذا كان من الممكن أن يقضى بالتعويض بدلا من النفقة ، أم أنه يمكن أن يقضى بالتعويض إلى جانب النفقة .

يبدو أن القواعد الطائفية لا تقف موقفا واحداً فى هذ الصدد . فقد نصت القواعد الحديثة للأقباط الأرثوذكس على أنه « يجوز الحكم بنفقة أو تعويض

---

(١) انظر مع ذلك إيهاب اسماعيل الرسالة السابقة ، رقم ١١٤ ص ٣٣٩ . وهو يقول إنه يقضى بتعويض . والتعويض فى هذه الحالة « نوع استثنائى من التعويض قصد به مشاركة من صدر له حكم التطليق فى تخفيف آلام التطليق التى تعود على الزوج المريض... » . والواقع أن اصطلاح « تعويض » هنا لا يوضع فى موضعه السليم ، إذا التعويض يكون عن خطأ وضرر ولايوجد فى هذه الحالة شيء من ذلك . مع مراعاة افتراضنا أن الزوج السليم قد قام بواجباته نحو المريض ، على ما بينا من قبل عند كلامنا عن المرض كسبب للتطليق .

ثم إنه ينبغى أن يراعى أن النفقة هنا تقوم على البر والمساعدة للمريض. وعلى ذلك ينتفى الالتزام بها متى كان المتسبب فى التطليق (المريض) غير محتاج إليها .

على أن من الممكن أن تثار مسألة التعويض فى صدد الأسباب غير الإرادية بصفة عامة كالمرض ، إنما فى صورة أخرى . ذلك أنه إذا كان المرض فى حد ذاته سبباً للتطليق ، على نحو ما بينا فى حينه ، إلا أن إخفاء المرض من المصاب به ، مع علمه بخطورته على الطرف الآخر - كمرض من الأمراض الخبيثة المعدية - قد يؤدى إلى أن يكون للطرف الآخر المطالبة بالتعويض من المريض نفسه متى أدى ذلك إلى الاضرار به ، إذ الأمر هنا يتعلق بخطأ وضرر.

لمن حكم له بالطلاق على الزوج الآخر »[1]. وليس فى كتب فقه الطائفة مايوضح هذا الموضوع ويبين ما إذا كان يحكم بالنفقة أو التعويض فى هذا الصدد، وإنما اكتفى فى الخلاصة (مسألة ٢٨) بالنص على أنه إذا كانت الأسباب الإرادية من جهة الرجل « فللمرأة الحق فى أن تأخذ جهازها مضافا لمهرها وتربح الهدية المقدمة للعرس، وتأخذ أيضا من نعمته الخصوصية بقدار ثلث المهر »[2]. والذى يفهم من هذه العبارة الأخيرة أن ما تأخذه فى هذه الصورة إنما يكون على سبيل التعويض.

وتتجه بعض الطوائف إلى التفرقة بين النفقة والتعويض، وتعالج كلا منهما بصفة مستقلة. فبعد أن نصت المادة ٢٤ من قواعد الروم على أن من يحكم عليه بأنه المتسبب وحده فى الطلاق يدفع ـ حسب مقدرته المالية ـ نفقة للآخر إذا كان محتاجا، جاءت المدة ٢٥ ونصت على أنه «إذا كان الأمر الذى دفع للطلاق قد وقع فى ظروف كان منها أن نتج للزوج غير المسئول إهانة جسيمة فالمحكمة أن تقضى فى حكمها الصادر بالطلاق بملزومية الزوج المسئول وحده على الطلاق، وأن يدفع للآخر مبلغا من المال بمثابة تعويض أدبى ». ومن الواضح أن قواعد هذه الطائفة تفصل بين النفقة والتعويض وتجيز الجمع بينهما متى توافرت شروط كل منهما[3].

---

(١) المادة ٦٦ و ٧١ من مجموعتى ١٩٥٥ و ١٩٣٨.

(٢) وهذا هو نفس ما جاءت به مجموعة السريان فى المادة ١٠٠.

(٣) ولا مانع من تطبيق الحكم نفسه بالنسبة للطوائف الأخرى التى لم تنص عليه وخاصة إذا لم يكن فى قواعدها ما يمنع ذلك كالأرمن والانجيليين. أما السريان فيبدو أنهم يرون التعويض عن الضرر الأدبى طبقاً للقواعد العامة فتنص المادة ١٠٢ فى فقرتها الأخيرة على أنه « أما الضرر الأدبى الذى يلحق بالمرأة من جراء الزيجات إذا كانت مظلومة فيرجع أمره للمحاكم النظامية ».

وهذا الاتجاه الأخير الذى يفرق بين النفقة والتعويض هو الاتجاه الذى يجب الأخذ به لسلامة الأساس الذى يقوم عليه . ويترتب على ذلك أنه قد يحكم بالنفقة وحدها أو بالنفقة مع التعويض ، حسب الأحوال . ذلك لأن المقصود بالتعويض فى هذا الصدد ليس هو التعويض عن مجرد واقعة التطليق ، إذ يكفى بالنسبة لها أن يحكم بالنفقة على نحو ما بينا ، طالما أنه لم تترتب للطرف البرىء أضرار خارجة عما يترتب عادة على التطليق فى حد ذاته ، وإنما التعويض الذى نقصده هنا هو التعويض عن الأضرار غير العادية التى تنشأ للطرف البرىء من سلوك الآخر سلوكا غير عادى يؤدى إلى إساءات جسيمة . وهذه الأضرار ينظر إليها مستقلة عن الضرر الذى ينشأ من مجرد التطليق فى حد ذاته [1].

ومن هذا نتبين أن النفقة والتعويض مستقلان ، وأنه قد يحكم بأى منهما دون الآخر أو قد يجمع بينهما ، لاختلاف كل منهما عن الآخر . ذلك أن النفقة إنما يحكم بها لمجرد توافر سبب التطليق فى جانب أحد الزوجين ، أما التعويض فلا يحكم به إلا إذا كانت هنــــاك أضرار غير عادية تترتب على التطليق . فلا يــكفى مجرد الضرر العــادى المترتب على التطليق فى ذاته ، ويجب أن تــكون تلك الأضرار غير العــادية ناشئة من خطأ الطرف الآخر الذى يحــكم عليه بالتعويض . ولهذا قد يحكم بنفقة ولا يحكم بتعويض إذا لم يتوافر مثــل

---

(١) مثل ذلك التطليق بسبب الزنا ، فواقعة الزنا فى حد ذاتها سبب للتطليق ، لكن قد يحدث الزنا فى ظروف تترتب عليها إهانات جسيمة للطرف البرىء وتعرضه للفضائح ، وهذا هو ما يمكن أن يحصل عنه التعويض . وكذلك الشأن بالنسبة للإيذاء مثــلا فهو سبب للتطليق ، لكن قد يؤدى إلى الاضرار بالآخر ، كما إذا تخلفت عنه عاهة مستديمة ، وهذا ما يمكن أن يحصل عنه التعويض ... وهكذا . (انظر كذلك إهاب اسماعيل ، رسالته ، ص ٣٣٦-٣٣٧ ، وحكم المجلس الملى الذى أورده فى هذا الشأن) .

هذا الضرر الغير مألوف[1] . ومن جهة أخرى يراعى أن النفقة تختلف عن التعويض من حيث تقديرها وأسس هذا التقدير ، فقد رأينا أنها تقدر على أساس حاجة طالبها ويسار من فرضت عليه ، مما يؤدى إلى الحكم بها زيادة أو نقصاً أو حتى بعدم الحكم بها إطلاقا ، بحسب الأحوال . أما التعويض فلا يتقيد بذلك ، وإنما يقدر على أساس الضرر .

هذا ونود الإشارة فى صدد الكلام عن التعويض ، إلى أننا قد سبق أن تعرضنا لمسألة التعويض عن التطليق على أثر تغير الديانة أو الملة ، ولذلك يمكن الرجوع إليها فى مناسبتها[2] .

ومن جهة أخرى فان القواعد الخاصة ببعض الطوائف كالأرمن قد وضعت تنظيما لبعض المسائل المالية وجزاء بالنسبة لها فقررت أن « الزوج الذى صدر عليه حكم الطلاق يفقد جميع المنافع التى قدمها له الزوج الآخر ، سواء أثناء الزواج أو قبله وبقصد الزواج كالهبات المنقولة أو العقارية » . أما « الزوج الذى صدر لمصلحته حكم الطلاق يستبقى المنافع التى قدمها له الزوج الآخر . حتى ولو كان متفقا على أن تكون تبادلية » . لكن إذا بنى الطلاق على خطأ من الزوجين يفقد كل منهما المنافع التى قدمها له الآخر[3] .

---

(١) وقد سبق أن بينا كذلك أن نفقة العدة لا تكفى كتعويض قدره القانون . ذلك أن النفقة فى الشريعة الاسلامية إنما فرضت للزوجة نظير احتباسها أثناء قيام الزوجية وبعد الطلاق حتى تنتهى العدة . وهى من هذه الناحية لا تغنى عن إمكان الحكم بتعويض متى توافرت عناصره .

(٢) انظر الفقرة ٦٠ و ٦١ وخاصة رقم ٦١ ص ٢٣٠ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٣) المواد ٧٢ و ٧٣ و ٧٤ أرمن . وانظر كذلك المادة ٢٣ روم والمادة ١٤٦٠ من القانون المدنى اليونانى التى تقضى بأنه إذا حكم بانفراد أحد الزوجين بالمسئولية ، جاز للزوج الآخر أن يرجع فى كل هبة صدرت منه لصالح الأول أثناء الخطبة أو الزواج . ويسقط حق الرجوع بمضى سنة على الطلاق . كما تسقط بوفاة الواهب أو الموهوب إليه .

١٨٥ – ٢ – المهر والبائنة والجهاز :

يقتضى الكلام عن الآثار المالية بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية أن نعرض لحكم المهر والبائنة (الدوطة) والجهاز .

المهر : سبق أن بينا[١] أن المهر فى الشريعة المسيحية لا يعتبر ركنا من أركان الزواج ولا شرطا من شروطه . ومع ذلك فقد يسمى للزوجة مهر فى عقد الخطبة ، وفى هذه الحالة يستحق المهر المسمى بمجرد الإكليل فى الزواج الصحيح ، وعلى النحو الذى يتفق عليه الطرفان .

وقد نظمت القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية أحكام المهر عند انحلال الرابطة الزوجية . فاذا انحلت بالوفاة وكان المتوفى هو الزوجة اعتبر تركه يورث عنها . فاذا لم يكن قد دفع إليها كله أو بعضه ، يوزع على الورثة بعد أن يأخذ الزوج نصيبه منه . أما إذا كان المتوفى هو الزوج كان المهر الذى لم يدفع ، أو الباقى منه ،دينا على تركته تستحقه الزوجة[٢] .

إما إذا كان انحلال الزواج بالتطليق ، فقد نظمت بعض الطوائف حكم المهر . من ذلك ما نصت عليه المجموعات الحديثة للأقباط[٣] من أنه « فى حالة الحكم بالطلاق ، إذا كان سبب الفسخ قهريا ، أى لا دخل لإرادة أحد من الزوجين فيه ، فيكون للمرأة حق الاستيلاء على مهرها. أما إذا كان سبب الفصل غير قهرى ، فان كان آتيا من الرجل فللمرأة الحق فى أخذ مهرها ، وإن

---

(١) انظر ص ٦٨١ من هذا الكتاب

(٢) وهذا الحكم واجب الاتباع لدى كافة الطوائف المسيحية التى تنظم المهر ، إذا ما اتفق عليه ، لأن الزواج ينحل بصفة عامة بالموت . (انظر بالنسبة للكاثوليك ما أورده جميل الشرقاوى ، السابق (٩/٥/١٩٦٠ ص ٣٢٣) .

(٣) المادة ٧٤ لسنة ١٩٥٥ والمادة ٧٩ لسنة ١٩٣٨ .

كان آتيا من قبل المرأة فلا حق لها فى المهر » . وواضح من ذلك أن المرأة تستحق مهرها فى حالتين : حاله الأسباب القهرية وحالة الأسباب الإرادية ، متى كان السبب من جهة الرجل . ولا تستحق مهرها إذا كان السبب الإرادى من ناحيتها . ولكن الخلاصة القانونية ومجموعة السريان قدجاءتا أكثر تفصيلا فى هذا الصدد[1] . أما بالنسبة للطوائف الأخرى فقد بينت المادة ١٦ من القواعد الخاصة **بالانجيليين** أنه إذا كان سبب « المفارقة » فى الزوجة فليس لها مهرها . أما إذا كان من ازوج فلها مهرها .

البائنة (الدوطة) : رأينا[2] أن البائنة هى الأموال التى تعطيها المرأة أو

---

(١) ويتضح من النصوص الواردة فى هذا الشأن أن المرأة تستحق مهرها فى الحالات الآتية : (١) فى حالة الأسباب القهرية من جانب الرجل متى كان المانع موجوداً به من قبل وكانت لا تعلم به لا هى ولا وليها . (٢) حالة الأسباب القهرية من جانبها متى كانت قبل الزواج والرجل يعلم بها أو وليه (ويراعى أن المانع الموجود قبل الزواج هنا يؤدى إلى البطلان لا التطليق) . (٣) حالة السبب القهرى من جانب المرأة وحدث بعد الزواج . (٤) إذا كان السبب إرادياً من جانب الرجل. وفى هذه الحالة يراعى أنه لكى تستحق مهرها ينبغى ألا يكون لها أولاد من خلطته . فاذا كان لها أولاد منه فيحتفظ بجميع ماله للأولاد بحيث لا يكون للزوجة من ذلك إلا مجرد الانتفاع . وأما الملكية فتكون للأولاد .

أما الحالات التى لا تستحق فيها المرأة مهرها طبقاً لما جاء فى الخلاصة ومجموعة السريان فهى : (١) حالة ما إذا كان السبب قهرياً من جهة الرجل وكان المانع موجوداً به من قبل وكانت تعلم به هى أو وليها . (٢) إذا كان السبب قهرياً من جهة المرأة من قبل الزواج ولم يكن الرجل عالماً به لا هو ولا وليه . (٣) حالة ما إذا كان السبب إرادياً من جانبها ، وفى هذه الحالة يأخذ الرجل قيمة مهرها من باقى نعمتها الخصوصية (إذا كان يوف) إن لم يكن له أولاد منها . أما إذا كان له أولاد منها أخذ جهازها وباقى نعمتها وتحتفظ بذلك لهم خاصة .

(انظر المسألة ٢٨ من الخلاصة والمواد من ٩٨ إلى ١٠٢ من مجموعة السريان . وانظر بالنسبة لجميع الحالات السابقة : ابن العسال السابق ص ٢١٤ و ٢١٥ و ٢١٧ و ٢١٩) .

(٢) ص ٦٨٣ من هذا الكتاب .

شخص آخر إلى الزوج بمناسبة الزواج للمشاركة فى أعباء الحياة الزوجية . وهى كالمهر ليست من أركان الزواج ولا من شروطه ؛ ولا تعتبر أثراً من آثاره . ويثور الكلام هنا عن حكمها عندما تنقضى الرابطة الزوجية .

نصت المادة ٢٣ من قواعد الروم الأرثوذكس على أنه « بعدفسخ الزواج بالطلاق ترجع للزوجة بائنتها .. ». وهذا هو الحكم بالنسبة للأرمن [١] . ومعنى ذلك أن للزوجة دائما الحق فى استرداد الدوطة باعتبارها ملكالها، وهى تستردها كاملة . ولا يكون للزوج بعد ذلك أية حقوق عليها من حيث إدارة أموالها (أموال الدوطة) أو استغلالها . وإذ ما انقضت الزوجية بالوفاة قسمت أموال الدوطة بين ورثة الزوجة كل بحسب نصيبه ، كما هو الشأن بالنسبة للمهر .

الجهاز : لا تجبر المرأة على تجهيز منزل الزوجية من مهرها ولا من غيره . فالتزويج يجوز بلا جهاز ولا مهر [٢] . ومع ذلك فقد تقوم الزوجة بتجهيز منزل الزوجية . فما هو حكم جهاز المنزل وأمتعته إذا ما انحلت الرابطة الزوجية ؟

---

(١) فقد جاء بالنسبة للأرمن مادة ٨١ أنه « عند فسخ الزواج يكون للزوجة دائما الحق فى استرداد الدوطة بجملتها ، ومع ذلك فللمحكمة أن تمنح الزوج أجلا لردها » .
وتضيف المادة ٢٣ روم حكما آخرهو أنه فى حالة وجود أولاد تبقى البائنة للزوج لتستعمل فى تربية الأولاد وتثقيفهم ، وكل اتفاق بين الزوجين يخالف ذلك باطل .

(٢) وقد أوردت المادة ٧٥ وما بعدها بمجوعة ١٩٥٥ أقباط (تقابل ٨٠ وما بعدها مجموعة ١٩٣٨) أحكام الجهاز فبينت أنه لو زفت المرأة بجهاز قليل لا يليق بالمهر الذى دفعه الزوج أو بلا جهاز أصلا فليس له مطالبتها ولا مطالبة أبيها بشىء منه ولا تنقيص شىء من مقدار المهر الذى تراضيا عليه (م ٧٥) . وإذا تبرع الأب وجهز ابنته الرشيدة من ماله ، فان سلمها الجهاز فى حال حياته ملكته بالقبض ، وليس لأبيها بعد ذلك ولا لورثته استرداد شىء منه ، وإن لم يسلمه إليها ، فلا حق لها ولا لزوجها فيه (م ٧٦) . وإذا اشترى الأب من ماله فى حال حياته جهاز ابنته القاصر ملكته بمجرد شرائه وليس له ولا لورثته أخذ شىء منه (م ٧٧) . وإذا جهز الأب ابنته من مهرها وبقى عنده شىء منه فلها مطالبته به (م ٧٨) .

لاشك أن الجهاز الذى تحضره الزوجة معها إلى منزل الزوجية ملك لها وحدها ، وليس للزوج إلا الانتفاع به إذا وضع فى بيته ويترتب . على ذلك أنه يكون للزوجة أن تأخذه إذا ما انقضت الرابطة الزوجية باعتباره ملكا لها[١]. ولا تفرق المجموعات الحديثة للأقباط والأرمن فى حالة انقضاء الرابطة الزوجية بين ما إذا كان السبب من جانب المرأة أو من جانب الرجل ، إذ تعطى للمرأة الحق فى جهازها فى جميع الحالات[٢]. وذلك خلافا لمجموعة السريان وكتب الفقه لدى الأقباط، إذ تفرق بين الأسباب القهرية والأسباب الإرادية ، وفى هذه الحالة الأخيرة تفرق بين ما إذا كان السبب من جهة الرجل وما إذا كان من جهة المرأة .

فاذا كان السبب قهريا كان للمرأة جهازها فى جميع الحالات . أى سواء كان السبب من جهة المرأة أو من جهة الرجل[٣]. أما إذا كان السبب إراديا

(١) ويستتبع ذلك أيضا أنه يكون لها أن تطالب بما يأخذه منه الزوج سواء حال قيام الزوجية أو بعدها ، ولها أن تطالبه بقيمته إن هلك أو استهلك عنده . انظر المادة ٧٩ مجموعة ١٩٥٥ أقباط . وتنص المادة ٨٢ أرمن على أن « المنقولات والملبوسات التى تحضرها الزوجة تكون لها وتعود إليها عند فسخ الزواج » .

وتعطى القواعد الخاصة **بالانجيليين** للمرأة الحق فى أخذ جهازها فى جميع الحالات عند المفارقة ، فتنص المادة ١٥ على أنه « إذا كانت علة المفارقة فى الزوجة فلها متاعها (فقط) المزودة به من بيت أبيها خاصة . وإلا فلها متاعها ومهرها » .

(٢) وهذا هو الحكم بالنسبة للانجيليين على ما بينا فى الهامش السابق .

(٣) انظر المادتين ٩٨-٩٩ سريان والمسألة ٣٨ من الخلاصة وكذلك ابن العسال ، ص ١١٤ وكذلك ص ٢١٥-٢١٦ . بل إنه - كما جاء فى ابن العسال ص ٢١٥ - إذا « كان قد بلى من جهازها شىء فلتأخذ عنه قيمة المثل » .

من جهة الرجل تأخذ المرأة جهازها.. [1] لـكن إذا كان من جهة المرأة ـ كما إذا زنت مثلا ـ فللزوج أن يأخذ جهازها.. [2]

هذا هو الحكم بالنسبة للجهاز إذا لم يقم نزاع بين الزوجين حول ملـكيته كله أو بعضـــه . لـكن قد يثور النزاع بينهما حول الأمتعة الموجودة بمنزل الزوجية ، ماذا يكون الحكم ؟ تولت القواعد الخاصة بالأقباط والأرمن حل الموضوع فقررت أنه : إذا اختلف الزوجان حال قيام الزواج أو بعد الفسخ فى متاع موضوع فى البيت الذى يسكنان فيه ، فما يصلح للنساء عادة فهو للمرأة إلى أن يقيم الزوج البينة عن أنه له . وما يصلح للرجال أو يكون صالحاً لهما ، فهو للزوج ما لم تقم المرأة البينة على أنه لها [3] . أما إذا قام النزاع حول متـاع من الأمتعة الموجودة بمنزل الزوجية بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر ، فان

---

(١) انظر المادة ١٠٠ سريان والمسألة ٢٨ خلاصة ، وابن العسال ص ٢١٧-٢١٩ .

(٢) انظر المادة ١٠١ سريان والمسألة ٢٨ وابن العسال ، ص ٢١٧ . كل هـذا مع مراعاة حكم ما إذا كان هناك أولاد أم لا ، على حسب ما بينا عند كلامنا عن المهر .

وفقد المرأة لجهازها فى هذه الحالة يكون عـلى سبيل تعويض تقدره المجموعات السابقة بطريقة جزافية جزاء على سلوكها وخطئها . ولهـذا نرى أن يدخل فى الاعتبار إذا ما طلب التعويض طبقـا للقواعد السابقة ، حتى لا يكون ذلك مناسبة لاثراء الزوج على حسابها . والزوجة تفقد جهازها فى هذه الحالة مهما كان معها من مستندات على ملـكيته ، لأن هذا يعد عقابا لها . ويؤيد ذلك ما أورده ابن العسال عند كلامه عمن يتزوج مع علمـه بحياة الزوج الأسير ، إذ جاء أنهم إن تهجموا عوقبوا ، فان كان هو الرجل يؤخذ منه الهدية (يقصد المهر انظر ص ٢١٤ بالهامش من المؤلف نفسه) التى قبل العرس . وأما المرأة فيؤخـذ منهـا الجهاز .

(٣) م ٨٠ مجموعة ١٩٥٥ أقباط وهو نفس المعنى الوارد فى المادة ٨٣ أرمن .

ما يصلح لاستعمال الزوجين من هذه الأمتعة يكون للحى منهما إلا إذا ثبت العكس [(١)].

هذا ولما كانت القواعد السابقة تتفق مع المنطق ومع ما تقضى به أحكام الشريعة الاسلامية ، فانه يمكن تطبيقها لدى الطوائف الأخرى التى لم تنظم مثل تلك الأمور .

ويراعى أنه فى جميع الحالات التى يكون فيها للمرأة الحق فى أخذ جهازها أوأخذ ثمنه عند تعذر رده ، يتعلق الأمر بدعوى مدنية بحته ، ولهذا لايخضع النزاع لقواعد الأحوال الشخصية فى مثل هذه الحالة [(٢)].

ثالثا : بالنسبة للاولاد

١٨٦ - **تمهيد**: لا تتأثر حقوق الأولاد قبل والديهم بانحلال الرابطة الزوجية . ولهذا تبقى شرعية نسبهم كما تبقى لهم كل المزايا التى كانت لهم حال قيام الزوجية . ويلزم كل من الأبوين - على قدر طاقته - بالمساهمة فى تربيتهم وتعليمهم . وقد نصت القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس على أنه . « لا يؤثر حكم الطلاق على ما للأولاد من الحقوق قبل والديهم » . وهذا هو

---

(١) انظر المادتين ٨١ أقباط و ٨٤ أرمن .

(٢) وقد أخذت محكمة النقض بهذا وقررت أن المحاكم المدنية فى مثل هذه الحالة لا تتقيد بالأحكام الشرعية المتبعة أمام القضاء الشرعى (الحكم قبل إلغاء المحاكم الشرعية) فى تعيين طرق الاثبات وفى تحميل عبئه وفى إجراء التحقيق . بل ذلك كله يكون على وفق قواعد القانون المدنى وقانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية (جلسة ١٩/٤/١٩٤٥ طعنان رقم ١٠٦ و ١٢٩ س ١٤ ق مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ عاما جـ ١ رقم ٣٨ ص ١٣٩-١٤٠ .

المعنى الذى جاءت به القواعد الخاصة بالطوائف الأخرى [١] .

وبالنسبة لآثار انحلال الرابطة الزوجية يثار الكلام حول العناية بالأولاد وتربيتهم وخاصة إذا كانوا صغارا . ويختلف الأمر بحسب أطوار حياة الأولاد ففى البداية يكونون فى حاجة إلى الرضاع والحضانة ، ثم بعد ذلك يكونون فى حاجة إلى العناية والتربية . ولهذا نتكلم عن الرضاع ، والحضانة ، ثم الولاية على نفس الصغير أو الضم .

§ — ١ — الرضاع

١٨٧ **ـ الأحكام المتعلقة بالرضاع :** تعرضنا فيما سبق [٢] للرضاع باعتباره مانعا من موانع الزواج . وفى هذا المجال نعرض له من حيث اعتباره حقا للصغير ومن حيث وجوبه على الأم ومن حيث أجرته . ويلاحظ بصفة عامة أن الطوائف التى نظمت هذا الموضوع قد تأثرت بما جاءت به الشريعة الاسلامية .

وقد تعرضت بعض الطوائف بالتنظيم لمسألة الرضاع ، فنصت المادة ٢١ من

---

(١) م ٦٨ (مجموعة ٥٥ أقباط وتقابلها ٧٣ مجموعة ١٩٣٨) وقد نصت المادة ٧١ من مجموعة **الارمن** على أن : « فسخ الزواج بمقتضى حكم صادر بالطلاق لا يحرم الأولاد المرزوقين من هذا الزواج من أية مزية من المزايا التى تكفلها لهم القوانين أو التى منحها لهم الوالدان . ولكن لا تظهر حقوق الأولاد إلا بنفس الطريقة وفى نفس الظروف التى كانت تظهر فيها لو لم يكن هناك طلاق » وانظر كذلك المادة ١١٧ من المجموعة نفسها .

وتنص المادة ٢٧ من قواعد **الروم** على أنه « يتحمل الزوجان مصاريف تربية الاولاد كل واحد منهما حسب مقدرته المالية ، وتقضى المحكمة بحكم الطلاق بجميع الوسائل التى ترى القضاء بها لحماية الاولاد » .

(٢) فقرة ١٢٢ ص ٥٦٣-٥٦٤ من هذا الكتاب .

القواعد الخاصة **بالانجيليين** على أن « تتولى الأم رضاعة بنيها ذكورا وإناثا ، مطلقة كانت أو غير مطلقة ، مفارقة كانت أو غير مفارقة » ، كما نصت المادة ٢٠ على أن « زمن الرضاعة سنتان من يوم الولادة » [١] . ومن الواضح طبقا لهذا أن الأم هى التى تقوم بالارضاع سواء حال قيام الزوجية ، أو حال المفارقة بينها وبين زوجها ، أى فى حالة الانفصال الجسدى مع بقاء الرابطة ، أم فى حالة التطليق أيا كان سببه ، أى حتى ولو كان سبب التطليق من جهتها ، لأن الأمر فى هذه الحالة يتعلق بالمحافظة على الصغير عن طريق تغذيته ، وهو فى أشد الحاجة إليها .

والرضاعة واجبة على الأم لوليدها على النحو السابق ، ولهـذا فانها تلزم بارضاعه [٢] . لـكن ما مدى هذا الالزام ؟ لم تبين القواعد الطائفيـة ذلك . ولهذا نرى الاستنارة بما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد ، وهى تقضى ـ طبقا لأحكام المذهب الحنفى ـ بأن الأم مطالبة ديانة ـ لا قضاء ـ بإرضاع وليدها . ومعنى ذلك أن جزاء الامتناع عن إرضاعه جزاء دينى فقط ؛ فلا يجبرها القضاء على الإرضاع . ومع ذلك فان للقضاء أن يجبرها على الإرضاع فى حالة الضرورة بأن كان الولد لا يلقم إلا ثديها أو إذا لم توجد مرضع سواها ، أو وجدت المرضع الأخرى ، لـكن الأب والولد كانا فى عسرة لا يستطيعـان دفع أجرتها . فى هذه الأحوال تجبر الأم قضاء على الإرضاع ، لأنها إن لم تجبر تعرض الولد للهلاك [٣] .

---

(١) وفى نفس المعنى المادتان ٤٧ و ٤٨ من القواعد الخاصة بالأقباط الكاثوليك .

(٢) تنص المادة ٤٧ من القواعد الخاصة بالأقباط الكاثوليك على أن « الإرضاع حق للأم وواجب عليها بالنسبة لجميع أولادها ذكوراً أو إناثا ، وسواء كانت مقيمة مع زوجها أو كانت مفترقة عنه » .

(٣) أنظر فى هذا كذلك رأى المالكية ، أبو زهرة ، السابق ، ص ٤٠١ .

وإذا كان الإرضاع واجبـــا على الأم على النحو السابق، فهو حق لها كذلك، ولا يجوز أن يؤخذ منها الصغير ليعطى لمرضعة أخرى.

أما من حيث أجرة الرضاع، فإنها في الأصل تجب في مال الصغير إذا كان له مال، فإن لم يكن له لزمت أباه، أو بصفة عامة من تجب عليه نفقة الصغير (١). وإذا كانت المرضعة غير الأم استحقت أجرها على هذا النحو طبقا للاتفاق معها. لكن ما الحكم بالنسبة للأم. هل تستحق أجرا على الرضاع؟

إذا كانت الزوجية قائمة، لا تستحق الأم أجـرا على ذلك، طالما كان الزوجان يعيشان معا، إذ المفروض أصلا أن الزوج يقوم بالانفاق والوفاء بكل ماتحتاجه زوجته. لكن إذا انقضت الزوجية أو انفصل الزوجان، فهل تستحق الأم أجرا على إرضاع الصغير؟ يمكن القول في هذه الحالة أنها تستحق الأجرة لمدة عامين من يوم الولادة وهي المـدة التي نصت الشرائع على جعلها حـدا أقصى للرضاعة. والأجر في مقابل الرضاع يدخل في الاعتبار عند تقدير النفقة للصغير.

هذا ويراعى أنه يمكن الأخذ بالأحكام السابقة وما يكملهـا من أحكام الشريعة الاسلامية بالنسبة للطوائف المختلفة حتى ولو لم يرد فيها تنظيم خاص، باعتبار أنها أحكام تتفق مع الأوضاع الطبيعية بالنسبة لعلاقة الطفل بوالديه.

---

(١) وتنص المادة ٢٦ انجيليين على أن « نفقة الرضاعة أو الحضانة تلزم أبا الصغير إن لم يكن لهذا « الصغير » مال. فان كان له مال فلا يلزم أباه منها شيء إلا بالتبرع ».

وهذا ما يفهم أيضاً مما جاءت به الخلاصة القانونية في المسألة ٢٩ ومجموعـــة السريان في المادة ١٠٦ حيث جاء أنه « إذا كان السبب حاصلا من الفريقين، كاثنين لهما قرابة مانعـة وتزوجا ثم خلفا أولاداً أو كاثنين ترهبنـا بعد الزواج، فالرضاعة للأم والنفقة والتربية على الوالد ».

§ — ٢ — الحضانة

١٨٨ — **التعريف بها وما يدخل فى دراستها من مسائل:** الحضانة هى «إمساك الولد وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره». وتكون بالنسبة للأولاد ذكورا وإناثا حتى يبلغوا سنا معينة، يفترض بعدها عدم احتياج الصغير إلى من يرعى شئونه [١]. وهى حق للصغير إلى جانب أنه ينظر فيها إلى مصلحته وحاجته إلى الرعاية. ورعاية مصلحة الصغير تستلزم أن يكون تطبيق أحكام الحضانة بصورة مجردة، بغض النظر عن عاطفته، لأنه يكون فى سن لا يحسن معها تقدير مصلحته [٢]، مما يترتب عليه أن تثبت حضانته ولو كان هو نفسه غير راغب فيها. ولهذا ينبغى أن ينظر فى تنازل من تثبت له الحضانة عنها إلى مصلحة الصغير وعدم إضاعته. فاذا أسقطت الحاضنة حقها كان الإسقاط صحيحا، طالما أن حق الولد لم يضع بتسليمه إلى حاضنة أخرى تالية للأولى فى الاستحقاق. ذلك أن الحضانة حق للحاضنة وحق للصغير. فاذا أسقطت الحاضنة حقها بقى حق الصغير قائما وإذا ما وجدت حاضنة أخرى سلم إليها الصغير لم يضع حقه، أما إذا لم توجد، فان إسقاط الحاضنة حقها فى الحضانه لا يعتد به، وليس لها الحق فى رفض حضانته [٣]. ذلك أن حق الصغير مقدم على غيره من الحقوق. وإذا كان له الحق فى الحضانة، فان من حقه كذلك الرعاية والعطف والتربية الصالحة ورفع الضرر

---

(١) وتنص المادة ٤٩ من القواعد الخاصة بالأقباط الكاثوليك على أن «الحضانة توجب حفظ الأولاد والاعتناء بهم ماديا وأدبياً حتى سن السابعة للولد والبنت سواء بسواء».

(٢) أنظر فى هذا حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية فى ٣ — ٤ — ١٩٥٨ رقم ٩٤٢ س ١٩٥٧ فى المرجع جزء ٢ لصالح حنفى رقم ١٥٢ ص ١٥٣.

(٣) أنظر فى هذا محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٦/٤/١٦ رقم ٧٥١ س ١٩٥٦ وفى ١٩٥٧/١١/١٣ رقم ٢٥٨٠ س١٩٥٦ أوردها صالح حنفى فى المرجع ج ٢ رقم ١٤٣ و١٤٩ ص ١٤٨ و ١٥٢ على التوالى.

عنه ، ولهذا متى تركت الحاضنة الصغير وأهملته مما يترتب عليه الخوف من ضياعه، كان من حقه أن ينزع منها ويوضع عند من يقوم برعايته وتربيته والعطف عليه[١] .

والكلام عن الحضانة يقتضى أن نعرض لمن تثبت ، وشروطها ، وأجرها، ومكانها ثم انقضاؤها .

١٨٩ — لمن تثبت الحضانة : يحكم هذا الموضوع أصل عام فى القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية ، كما هو الشأن بالنسبة للشريعة الإسلامية، يقضى بتفضيل النساء ، فى الحضانة على الرجال ، كما يقضى كذلك بتقديم قرابة الأم من النساء على قرابة الأب منهن[٢] . وقد وضع هذا الحكمة معينة هى أن الصغير فى المرحلة الأولى من حياته يكون فى حاجة إلى خدمة النساء وعطفهن وشفقتهن ، وهذا لا يتوافر لدى الرجال بنفس الصورة التى يتوافر بها لدى النساء . وطالما كان ينظر فى الحضانة إلى هذه الناحية ، فقد وضع تنظيم من تثبت لهم الحضانة بصفة عامة على أساس توافر الشفقة والعطف ، فتثبت أولا لمن تزيد عندهم الشفقة ، ولا يلتجأ إلى من هو أقل شفقة إلا عند عدم وجود من هو أوفر منه شفقة على الصغير. ولهذا تثبت الحضانة للأقرب فالأقرب من النساء أولا ثم من الرجال بترتيب خاص فيما بينهم ، نصت عليه الطوائف المختلفة .

---

(١) أنظر محكمة الرمل الجزئية فى ٢٥ - ٥ - ١٩٥٧ رقم ١٧٧ س ١٩٥٧ المرجع السابق رقم ١٦١ ص ١٥٨ .

(٢) ومع ذلك فان القواعد الخاصة بالانجيليين لم تتفق مع هذا الأصل إذ جعلت الأب وقرابته فى مرتبة تلى الام وأم الام ولكنها تسبق قرابة الام بصفة عامة فتنص المادة ٢٤ على أنه « إذا لم تتوافر فى الأم شروط أحقية الحضانة المذكورة صارت حضانة الولد لأم الأم المسيحية ، ثم للأب المسيحى ، ثم للأقرب فالأقرب من أقرباء الأب المسيحيين ، ثم أقرباء الام المسيحيين . وإن لم يوجد أحد من هؤلاء أو أولئك فلمن تعينه السلطة المختصة » .

وتفريعا على ذلك وضعت الطوائف المختلفة تنظيما لمن تثبت لهم الحضـانة نساء ورجالا . إلا أن هذا التنظيم يختلف من طائفة إلى أخرى وإن كان أحدثها وأوفاها هو ماجاءت به المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس. ولهذا نعرض لما جاءت به قواعوهم بصفة أصلية ، مشـيرين إلى ما تقضى به القواعد الخاصة بالطوائف الأخرى فى مناسبته. والقواعد الخاصة بالأقباط تضع أولا قائمـة بمن لهن الحضانة من النساء ، ثم تضع بعدذلك قائمة بمن تثبت لهم الحضانة من الرجال، إذا لم توجد واحدة تستحق الحضانة[1]. ولهذا نبين أولا من تثبت لهن الحضانة من النساء ثم من الرجال .

لمن تثبت الحضانة من النساء ؟ (١) تثبت الحضـانة **للام** أولا . وهى تثبت لها سواء حال قيام الزوجية أو بعدها ، طالما لم يوجد هناك سبب يمنعها ، على أن تتوافر فيها شروط الحاضنة على الوجه الذى سنبنيه فيما يلى عند الكلام عن شروط الحضانة . وإذا كانت الحضانة تثبت للأم على هـــذا النحو ، فهل يمكن إجبارها عليها إذا لم تـكن تريدها ؟ لاشك أنه ينبغى فى هذا الصدد النظر إلى مصلحة الصغير ورعاية حقه ، كما قدمنا . فاذا كان تنازلها لا يضر بحق الصغير ، بأن وجدت من تليها وكانت أهلا للحضانة فلها لا تجبر . لـكن إذالم يوجد غير الأم وتوافرت فيها الشروط بحيث تنتفى المضارة من بقاء الصغير فى يدها ، فلا يسقط حقها فى الحضانة بمجرد التنازل عنـه ، طالما أنه لم يوجـد له حاضنة غيرها[1] .

---

(١) أنظر المادتين ١٢٢ ، ١٢٣ من مجموعة ١٩٥٥ .

(٢) أنظر استئناف القاهرة فى ١٤ - ٣ - ١٩٥٦ رقم ٦٢ س ٧٣ق (المرجع لصالح حنفى جزء ٢ رقم ٥٦٥ ص٤٢٣ والحـكم بالنسبة لكاثوليك) . كما قضت المحاكم بالنسبة=

هذا ولا تختلف الطوائف الأخرى فى إثبات الحضانة للأم متى توافرت فيها الشرط [1] .

(٢) إذا لم تثبت الحضانة للأم نظرا لعدم وجودها أولقيام سبب يمنعها من حضانة الصغير ، تنتقل الحضانة بعد ذلك إلى من يليها من النساء على الترتيب الذى جاءت به المادة ١٢٢ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس ، إذ تجعلها بعد الأم **للجدات** وتقدم الجدة لأم على الجدة لأب . ومن بعد الجدات للأخوات مع تقديم الأخوات الشقيقات ثم الأخوات لأم ثم الأخوات لأب ومن بعدهن لبنات الأخوات بتقديم بنت الأخ لأبوين ثم لأم ثم لاب ، ثم لبنات الأخ كذلك . ومن بعدهن لخالات الصغير ، وتقدم الخالة لأبوين ثم الخالة لأم ثم لأب . ومن بعدهن لعمات الصغير ؛ ثم لبنات الخالات والأخوال ثم لبنات العمات والأعمام ، ثم لخالة الأم ثم لخالة الأب ثم لعمه الأب ولعمة الأم بهذا الترتيب .

ولم تعرض الطوائف الأخرى لمثل هذا التفصيل ، وإنما اكتفى البعض منها

= للمسلمين فى هذا الصدد بأن الام لاتجبر على الحضانة إلا فى حالة وحيدة ، وهى ما إذا تعرضت حياة الصغير للخطر بأن كان رضيعاً وامتنع عن أن يرضع من غير أمه . فى هذه الحالة تجبر على حضانته حفظاً لحياته . وفيما عدا هذه الحالة ، فان الأم أو أية حاضنة أخرى لا تجبر على الحضانة إذا امتنعت عنها (أنظر حكم الاسكندرية الابتدائيــة فى ٢٨ - ٤ - ١٩٥٨ رقم ٨٢٢ س ١٩٥٩ فى المرجع ج ٢ رقم ١٥٥ ص ١٥٥) .

(١) فتنص القواعد الخاصة **بالسريان** الارثوذكس على جعل الحضانة للام متى لم يكن التطليق من جهتها على النحو المبين فى المادة ١٠٤ وما بعدها . وهو نفس ما جاءت به الخلاصة القانونية فى المسألة ٣٩ . وهو أيضاً ما جاءت به المادة ٣٦ بالنسبة **للروم** الارثوذكس ، والمادة ١٠٩ بالنسبة **للارمن** والمادة ٣٣ بالنسبة **للانجيليين** . وهو ما تعرضت له كذلك المادة ٥١ بالنسبة **للاقباط الكاثوليك** ويتحقق هذا لديهم إذا انحل الزواج بالوفاة أو فى حالة الانفصال الجسمانى .

بالنص على أنه إذ لم تثبت الحضانة للأم أو للأب ، فانها تكون لمن يعينه الرئيس الروحى ، ويختار الحاضن أو الحاضنة على النحو الذى ترى فيه مصلحة الصغير .[١] ولهذا فاننا نرى بالنسبة لمثل تلك الطوائف الأخذ بترتيب الحاضنات على النحو الذى أوردته أحكام الأقباط الأرثوذكس لاتفاقه مع مصلحة الصغير من جهة ولعدم منافاته لما يقضى به الشرع من جهة أخرى .[٢]

لمن تثبت الحضانة من الرجال ؟ إذا لم يوجد للصغير قريبة من النساء أهل للحضانة ، فانها تنتقل إلى الأقارب من الذكور . وقد رتبت المادة ١٢٣ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس أحقيتهم فى الحضانة فقررت أنه يقدم الأب ثم الجد لأب ثم الجد لأم . ويلى هؤلاء الأخوة ، ويقدم الأخ الشقيق ثم الأخ لأم ، ثم بنو الإخوة على هذا الترتيب كذلك. ويلى هؤلاء الأعمام: العم الشقيق ثم لأب ثم لأم . ويليهم الأخوال : لأبوين ثم لأب ثم لأم ، ثم أولاد من ذكروا بهذا الترتيب . ولم تورد المجموعات الخاصة بالطوائف ترتيب من لهم

---

(١) أنظر المادة ١٠٣ وما بعدها بالنسبة للسريان . وهو ما تقضى به كذلك المادة ٢٦ بالنسبة للروم إذ تترك الأمر لتقدير المحكمة إذا لم تتوافر شروط الحضانة فى الأبوين.

(٢) ويقرب ما أورده **الأرمن** مما جاءت به مجموعة الأقباط ، فتنص المادة ١١٠ من قواعدهم على أنه : « إذا لم تتوافر فى الأم شروط الحضانة أو إذا توفيت ، كانت الحضانة للأقرب من النساء إلى الولد بالترتيب الآتى : الجدة لأم . الجدة لأب . الأخت . الخالة . العمة بنت الخالة ، وبنت العمة .. الخ » .

وتقضى المادة ٥١ للأقباط **الكاثوليك** بأن « الحضانة للأم متى توافرت فيها الشروط.. وإلا فلمن يليها فى القرابة من جهة الأم بشرط ألا تتعدى قرابتها الدرجة الثالثة ، وعند التساوى تقدم الأصول على الحواشى .. » .

ولكن المادة ٢٤ بالنسبة **للانجيليين** قد أوردت تنظيما آخر على حسب ما أشرنا إليه من قبل (انظر فيما سبق هامش ٢ ص ٩٦٨) .

الحضانة من الرجال على هذا النحو [1].

هذا هو الترتيب الذى يتعين الأخذ به بالنسبة لمن تثبت لهم الحضانة . وإذا ما تساوى المستحقون فى درجة واحدة ، كأختين شقيقتين أو أخين مثلا ، يقدم الأصلح منهما للقيام بشئون الصغير . ولكن هذا الترتيب مرهون بتوافر الشروط لدى من ثبت لهم الحضانة ، فاذا لم تتوافر انتقلت إلى من يليه . . . وهكذا . وإذا قام لدى أحد هؤلاء مانع يمنعه من الحضانة ، سقط حقه فيها ، ومتى زال هذا المانع عاد إليه حقه . وإذا ماحصل نزاع حول أهلية الحاضنة أو الحاضن كان للمحكمة أن تعين من تراه أصلح من غيره ، دون تقيد بالترتيب السابق. بل إن للمحكمة ذلك أيضا فى كل حالة تستلزم فيها مصلحة الصغير تخطى الأقرب إلى من دونه فى الاستحقاق . وإذا لم يوجد مستحق أهل للحضانة ، أو وجد وامتنع عنها ، يعرض الأمر على المحكمة لتعيين امرأة ثقة أمينة لهذا الغرض من

---

(١) ذلك أن السريان والروم يتركون الأمر لتقدير المحكمة عند عدم وجود الأبوين. والانجيليون يوردون ترتيباً آخر كما أشرنا فى الهامش السابق ، وعندهم أن الأب وقرابته فى مرتبة تلى الأم وأم الأم وتقدم على قرابة الأم.

وتقضى المادة ١١١ من مجموعة الأرمن الارثوذكس بأنه « إذا لم يكن للولد أقرباء من جنس النساء ، كانت الحضانة لأقربائه من الرجال على الترتيب الذى يثبت لهم فى حالة السلطة الأبوية والمنصوص عليه فى المادة ١٠٦ . وهذه المادة تقضى بأنه « إذا توفى الأب أو الأم تكون السلطة الأبوية لمن يعينه من مات منهما أخيراً ، أو لادنى الأقرباء إلى الولد بالترتيب الآتى : الجد الصحيح ، الجد لام . الأخ ، العم . الخال ، وأولاد من ذكروا بنفس الترتيب. وعند عدم وجود أحد من هؤلاء تكون للشخص الذى تعينه المحكمة » ..

وتورد المادة ٥١ بالنسبة للأقباط الكاثوليك حكما يتفق مع ما تقضى به الشريعة الاسلامية ، إذ بعد أقارب الأم حتى الدرجة الثالثة ، تكون الحضانة للعصبات بترتيب الأولوية فى الارث وإذا لم يوجد أحد من هؤلاء جميعاً كان للمحكمة تعيين الحاضنة .

أقارب الصغير أو من غيرهم [1] . ولا مانع من تطبيق هذه الأحكام جميعها لدى الطوائف المسيحية الأخرى ، طالما أنها تترك الأمر لتقدير الحاكم لترى مصلحة الأولاد على نحو ما بينا .

١٩٠ - شروط الحضانة : لكى تثبت الحضانة للأشخاص السالف ذكرهم ينبغى أن تتوافر شروط معينة ، وإذا لم تتوافر هذه الشروط كان الشخص غير أهل للحضانة وانتقلت إلى من يليه فى المرتبة .

السن : يلزم أن يكون من له الحضانة - ذكراً أو أنثى - قد بلغ سنا معينة . وتقضى المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس بأنه يشترط فى الحاضنة أن تكون قد تجاوزت سن السادسة عشرة ، وفى الحاضن أن يكون قد تجاوز سن الثامنة عشرة ، وهى سن الزواج لدى هذه الطائفة . وبعض الطوائف الأخرى لم تحدد سنا على هذا النحو ، وإنما استلزمت أن يكون من له الحضانة بالغا [2] .

الديانة . يجب أن يكون من له الحضانة مسيحيا . ولم تنص غالبية الطوائف إلا على هذا الشرط ، إذ اكتفت بأن يكون مسيحيا ، وذلك بطبيعة الحال خشية من أن يتأثر الصغير بديانة من له الحضانة أو أن يألف دينه . وبعض الطوائف

---

(١) انظر فيما سبق المواد ١٢٥-١٢٨ من مجموعة ١٩٥٥ للاقباط . وانظر كذلك المادة ١١٢ أرمن ، وهى تقضى بأنه « إذا لم يوجد أقارب حائزين للشروط المذكورة ، تختار المحكمة امرأة مأمونة لحضانة الولد » .

(٢) انظر المادة ١٠٨ أرمن والمادة ٥٠ أقباط كاثوليك .

تذهب إلى أبعد من ذلك وتستلزم أن يكون من له الحضانة من مذهب الصغير، وهم الكاثوليك [1] .

العقل : يلزم أن يكون من له الحضانة عاقلا . فاذا كان مجنونا لا تثبت له الحضانة . وهذا الشرط ضرورى كذلك لدى الطوائف المختلفة ، حتى تكون الحاضنة أو الحاضن القدرة على تربية الولد وضمان حمايته .

الأمانة والقدره على تربية الصغير: يلزم كذلك أن يكون من له الحضانة أمينا قادرا على تربية الصغير وصيانته [2] . فاذا لم تكن الحاضنة أمينة ، بأن كانت فاسقة مستهترة معوجة السلوك ، لا تؤمن على أخلاق الصغير وأدبه وعلى نفسه ، فانها لا تكون أهلا للحضانة [3] .

---

(١) انظر المادة ٥٠ أقباط كاثوليك .
وانظر بالنسبة للكاثوليك الشرقيين بصفة عامة ما جاء فى المادة ١٢١ من الارادة الرسولية بالنسبة لصيانة الأولاد وتربيتهم فى حالة الانفصال الجسمانى ، إذ تقرر أن على الزوج البرىء تربية الأولاد . فاذا كان أحد الزوجين غير كاثوليكى ، قام بالتربية الزوج الكاثوليكى ، ما لم يقرر الرئيس الدينى ، فى أى من الحالتين ، غير ذلك ، لصالح الأولاد أنفسهم ، مع مراعاة ضمان تعليمهم تعليما كاثوليكياً فى جميع الحالات .

(٢) انظر م ١٢٤ أقباط أرثوذكس (مجموعة ١٩٥٥) . وتستلزم المادة ٢٣ إنجيليين أن تكون الحاضنة « حسنة السيرة والأخلاق ، قادرة على تربية ولدها وصيانته » . كما تستلزم المادة ١٠٨ أرمن أن يكون لمن له الحضانة من التمييز وحسن الخلق ما يجعله قادراً على الاعتناء بالأولاد مادياً وأدبياً » .

(٣) ولا يقصد بالأمانة التدين كما يرى فقهاء الشريعة الاسلامية (انظر : أبو زهرة ، السابق ، ص ٤٠٦ . وانظر فى هذا المعنى كذلك حكما من محكمة النقض (بالنسبة لأهلية الحاضنة لدى اليهود القرائين) فى ١٠ يناير ١٩٥٧ مجموعة المكتب الفنى س ٨ عدد ١ ص ٦٠ قضية رقم ١٦ س ٢٥ ق . وقد حكم بأنه « يشترط فى الحاضنة أن تكون أمينة علي محضونها قادرة على تربيته التربية النافعة . فاذا كانت الحاضنة غير ذلك بأن كانت ماجنة وفاسقة فسقاً يستلزم ضياع محضونها سقط حقها فى حضانته (مينا البصل الجزئية فى ١٩٥٨/١١/١١ رقم ٢٧٣ سنة ١٩٥٧ — المرجع لصالح حنفى ، جزء ٢ رقم ١٦٦ ص ١٥٩).

وإذا كان من له الحضانة غير قادر على تربية الصغير وصيانته فانه لا يكون أهلا لها . والعجز عن القيام بالحضانة قد يكون بسبب المرض أو بسبب تقدم السن أو للانشغال بغير الصغير ، ولهذا يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن المرأة إذا ما كانت محترفة منشغلة بغير الصغير لا تكون أهلا للحضانة ، لأن هذا الحق إنما هو لمصلحة الطفل وتربيته ورعايته وصونه ، وذلك لا يكون مع العجز أو عدم القيام بالبيت أكثر النهار وطول الليل [١] . ومع ذلك فاذا لم يكن من شأن العمل الذى تحترفه الحاضنة إضاعة مصلحة الصغير ، فانها تكون أهلا لحضانته . وهذا ما أقره القضاء [٢] . ومناط القدرة أن يكون من له الحضانة فى حالة يستطيع معها القيام على رعاية الصغير وحضانته ، حتى ولو كان فاقد البصر [٣] .

عدم التزوج بغير ذى رحم محرم : يشترط كذلك ألا يكون من له الحضانة متزوجا بغير محرم للصغير ؛ لأنه يعتبر أجنبيا عنه وقد لا يعطف عليه [٤] . وتتشدد القواعد الخاصة ببعض الطوائف فى هذا الصدد ، خشية أن ينشأ الصغير

---

(١) انظر : أبو زهرة ، السابق ، ص ٤٠٦ .

(٢) فقد حكم بأن الشريعة الاسلامية لا تمنع المرأة من الاحتراف لطلب القوت خصوصاً إذا كانت مطلقة ولا عائل لها . ولا مانع يمنع الام من حضانة ولدها الصغير وهى محترفة لتجلب قوتها ولو كانت حرفتها حقيرة أو منافية للاحتشام الذى هو من آداب الاسلام ، بشرط أن يكون الولد مصوناً غير ضائع ولا يخشى عليه (الجرك الجزئية فى ٤ مايو ١٩٥٧ رقم ٧١ س ١٩٥٧ ـ المرجع لصالح حنفى جـ ٢ رقم ١٦٠ ص ١٥٨) .

(٣) وقد حكم بأنه لا يشترط أن تكون الحاضنة بصيرة ، فان العمى ليس من شأنه منعها من واجب الحضانة ، ومن ثم فان العمى بذاته ليس مانعاً من الحضانة (المنيا الكلية فى ٩-١-١٩٥٧ رقم ١٣ س ١٩٥٧ استئناف ، صالح حنفى جـ ٢ رقم ١٤٧ ص ١٥١ .

(٤) وتقضى المادة ٥٠ للاقباط الكاثوليك بأنه إذا كانت من ترجع إليها الحضانة متزوجة فلا يعهد إليها بها إلا إذا كان زوجها من أقارب الدرجة الرابعة فأقل لهؤلاء الاولاد »

فى جو لا يجد فيه العطف ويشعر بالمهانة والقسوة ، ولهذ فانها تسقط الحضانة عن الحاضنة إذا كانت مرتبطة برجل آخر [١] .

الا يكون مطلقا بسبب راجع اليه: وقد نصت قواعد كثير من الطوائف المسيحية على هذا الشرط ، ويقصد به والد أو والدة الصغير فقط . وتنص المادة ٦٧ (مجموعة ١٩٥٥) أقباط على أن « حضانة الأولاد تكون للزوج الذى صدر حكم الطلاق لمصلحته ، مالم يأمر (المجلس) بحضانة الأولاد أو بعضهم للزوج الآخر ، أو لمن له حق الحضانة بعده . » [٢] . فالعبرة فى هذا الشرط إذن هو ألا يكون من يراد إعطاء الحضانة له مسئولا عن التطليق ، فاذا ثبتت

---

(١) تنص المادة ٢٣ انجيليين على أن « الام أحق بحضانة الولد وتربيته إذا كانت غير مرتبطة برجل آخر ... » .

(٢) وهذا ما جاءت به الخلاصة القانونية (مسألة ٢٩) وهو نفس ما جاءت به المواد ١٠٣ وما بعدها من مجموعة **السريان**. وهى تقضى بأن «للبرىء من الزوجين شرعاً أن يحتفظ بالأولاد ذكوراً أو إناثاً ، حتى لا يقعوا فى هوة بسبب تركهم فى يد المجرم . وهذه من المبادىء الاساسية التى يجب أن يحافظ عليها الرؤساء» . أما المادة ١٠٧ **أرمن** فانها تقضى بأنه « عند حصول طلاق ، وعند انقضاء السن المحددة فى المادة ١٠٩ (وهى السن التى تنتهى فيها الحضانة) يعهد بالسلطة الأبوية إلى الزوج الذى حصل على حكم الطلاق ، إلا إذا رأت المحكمة من الانفع للاولاد أن تأمر .. أن يعهد بهم جيعاً أو بعضهم إلى الزوج الآخر أو إلى أحد الأقرباء أو إلى شخص أجنبى » . وواضح أن النص يعرض لحالة السلطة الأبوية لا الحضانة ـ ويجعلها لمن صدر الطلاق لصالحه ، ولكن يبدو مما جاءت به المادة ١٠٩ أن الحضانة تكون للأم ، متى توافرت فيها الشروط الأخرى ، بصرف النظر عما إذا كان الطلاق لصالحها أم لا . وإذا كانت المادة ٢٦ **روم** تتفق مع الطوائف الأخرى فى هذا الصدد بجعل الحضانة لغير المسئول عن الطلاق إلا أنها أوردت تفصيلا آخر فى حالة الطلاق بسبب الزوجين ، إذ جعلت للأم حضانة البنت والابن الأقل من ثمانى سنوات ، وللأب حضانة الابن الازيد عن ثمانى سنوات . مع إعطاء المحكمة الحق فى القضاء بغير ذلك رعاية لمصلحة الأولاد .

عدم مسئوليته استحق الحضانة متى توافرت الشروط الأخرى [١] . ومع ذلك يحتفظ كل من الأبوين بحقه في ملاحظة الأولاد وتربيتهم، أيا كان الشخص الذى عهد إليه بحضانتهم .

هذه هى شروط الحضانة . وإذا ما توافرت فى شخص ثبتت له الحضانة وإلا انتقلت إلى التالى فى المرتبة على الترتيب السابق .

١٩١ ـ **أجر الحضانة** : إذا كانت الحضانة للام فانها لا تستحق أجرا على حضانتها حال قيام الزوجية . أما إذا لم تكن الحياة الزوجية قائمة فانها تستحق الأجر على الحضانة متى ثبتت لها . فهى تستحق الأجر إن كانت مطلقة [٢] ، ويقيس القضاء على ذلك حالة المتوفى عنها زوجها [٣] . هذا إذا كانت الحاضنة

---

(١) وهو نفس الحكم بالنسبة لحالة المسئولية عن الانفصال الجسمانى. وقد حكم بأنه «متى ثبت أن الزوجة (الام) لم يثبت عليها الزنا وأن المحكمة الكنسية التى أصدرت حكم الانفصال بسبب الزنا عادت وأصدرت شهادة رسمية فى تاريخ لاحق لصدور حكم الانفصال بأن هـذا الحكم أصبح لاغياً ، ومن ثم فلا يمكن التعويل على ماجاء بحكم الانفصال من أن المستأنف عليها زانية .. وحيث أن الطفلتين فى سن يجعلها فى مسيس الحاجة إلى خدمة النساء ، ومن ثم ترى المحكمة إبقاءهما فى حضانة أمهما ، وبالتالى يتعين على المحكمة رفض الاستئناف ... » (الجيزة الابتدائية فى ١٢-٢-١٩٥٧ رقم ٨٦ س ١٩٥٦ ـ غير منشور) . وانظر كذلك المـادة ١٢١ من الارادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية والسابق الاشارة إليها (ص ٧٨٦ هامش ٣) حيث تستلزم أن يكون للبرىء من الزوجين تربية الاولاد ، ما لم يقرر الرئيس الدينى غير ذلك لصالح الأولاد مع ضمان تعليمهم تعليما كاثوليكياً فى جميع الحالات .

(٢) المادة ١٣٠ مجموعة ١٩٥٥ أقباط .

(٣) انظر الجيزة الابتدائية فى ٢٧ مايو ١٩٥٨ رقم ٩٠ و ٩١ لسنة ١٩٥٨ ـ غير منشور) . وقد اعتبرت المحكمة المتوفى عنها زوجها كالمطلقة فى استحقاق أجر الحضانة ، لاتحاد العلة فى الحالتين وهى عدم قيام الزوجية . ومن ثم تستحق الأم أجر الحضانة لأولادها الصغار الفقراء على من تجب عليه نفقتهم شرعا .

هى الأم ، فاذا كانت الحضانة لغيرها استحقت الحاضنة الأجر على حضانتها .

وفى الحالات التى يستحق فيها أجر الحضانة يراعى أنها غير النفقة ، وهو يدفع أولا من مال الصغير إذا كان له مال . فان لم يكن له مال يلزم به والد الصغير أو بصفة عامة من تلزمه نفقته شرعا .

ولا يقف الأمر لدى أجر الحضانه ، ولكن يحتاج المحضون فى هذه الفترة إلى خادم أو مرضع . وفى هذه الحالة يلزم الأب بذلك إن كان موسرا [(١)] . لكن هل يلزم كذلك بأجرة المسكن ؟ قرر القضاء فى هذا الصدد أنه لا يجب للحاضنة أجرة مسكن متى كان لها مسكن يمكن أن تحتضن فيه الصغير ، لسكنه تبعا لها . أما المسألة التى اختلف فيها فقهاء الشريعة الإسلامية وأعطى فيها للحاضنة حق طلب أجرة المسكن هى حالة استثنائيه ، وهى أن تكون الحاضنة لا مسكن لها يمكنها أن تحضن فيه الصغير [(٢)] .

هذا ويراعى القواعد السابقة لا تختلف فى جوهرها عما جاءت به الشريعة الإسلامية ، وإن كانت القواعد الأخيرة أكثر تفصيلا ، ولذلك يمكن الرجوع اليها [(٣)] .

١٩٢ ـ مكان الحضانة : متى كانت الزوجية قائمة ، كان مكان الحضانة هو مكان الزوجية . فاذا لم تكن الزوجية قائمة فان إقامة الصغير تكون مع أمه

---

(١) م ١٣٠ مجموعة ١٩٥٥ أقباط أرثوذكس .

(٢) المنيا الكلية فى ٩-١٢-٥٦ رقم ٣٢٨ س ١٩٥٦ (المرجع لصالح حنفى جزء ٢ رقم ١٤٦ ص ١٥١) .

(٣) انظر : أبو زهرة ، السابق ص ٤٠٢ رقم ٣٤٢ .

متى كانت لها الحضانة . وفى هذه الحالة « يمنع الأب من إخراج الولد من بلد أمه بلا رضاها ما دامت حضانتها[1] » كما أنه « ليس للأم المحكوم بطلاقها أن تسافر بالولد الحاضنة له من محل حضانته ، من غير إذن أبيه ، إلا إذا كان انتقالها إلى محل إقامة أهلها ، وبشرط ألا يكون خارج البلاد [2] .

وإذا كانت الحضانة لغير الأم ، فلا يسوغ للحاضنة فى أى حال أن تنقل الولد من حضانته إلا بإذن أبيه أو وليه [3] . كما أن بعض الطوائف تستلزم رضا الأم فى مثل هذه الحالة أيضا ، وتقضى بأنه «لا يجوز للأب أو أى شخص آخر كلف بحضانة الولد أن يغير محل حضانته بغير رضا أمه فى حالة ما إذا كانت غير حاضنة » [4] .

أما تعيين مكانة الحضانة ، فالأصل أنه يكون فى المكان الذى تقيم فيه الحاضنة أيا كانت . لكن إذا ثار الخلاف حول محل إقامة الولد كان للمحكمة أن تعينه[5] .

وفى جميع الحالات يحتفظ الأب والأم بحقهما فى مراقبة أولادهما وحفظهم وتربيتهم ، أيا كان الشخص الذى عهد إليه بحضانتهم[6] ، كما يبقى لكل منهما

---

(١) م ١٣١ أقباط أرثوذكس مجموعة ١٩٥٥ .

(٢) م ١٣٢ أقباط أرثوذكس مجموعة ١٩٥٥ والمادة ١١٣ أرمن أرثوذكس .

(٣) م ١٣٣ أقباط مجموعة ١٩٥٥ والمادة ١١٤ ارمن .

(٤) م ١١٥ أرمن .

(٥) م ١١٦ أرمن .

(٦) انظر م ٦٧ أقباط أرثوذكس (١٩٥٥) والماد ١١٧ أرمن .

كذلك الحق فى الاتصال شخصيا بأولادهما. وللمحكمة أن ترسم الخطة لتنفيذ هذا الأمر إذا حصل خلاف بشأنه[1].

ويراعى أن كل الاجراءات الخاصة بالحضانة إنما هى إجراءات وقتية وقابلة للتعديل الذى قد تتطلبه مصلحة الأولاد[2].

١٩٣ – انتهاء الحضانة : تنتهى الحضانة ببلوغ الولد السن التى يستغنى فيها عن حاجته إلى خدمة النساء، ومتى استطاع أن يقوم وحده بحاجاته الأولية، إذ يكون عندئذ قد جاوز مرحلة أولى من حياته وأصبح فى حاجة إلى التأديب والتربية بعد ذلك. وقد وضع القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ حدا أقصى للسن التى تنتهى فيها الحضانة فنص فى المادة ٢٠ على أن « للقاضى أن يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى إحدى عشرة، إذا تبين أن مصلحتهما تقتضى ذلك ». ويتضح من هذا النص أن الأصل هو انتهاء الحضانة عند السابعة للصغير وعند التاسعة للصغيرة. ولكن القانون ترك للقاضى سلطة مد هذا السن سنتين أخريين، متى رأى أن مصلحة الصغير أو الصغيرة تقتضى إبقاءهما لدى من له الحضانة.

وتقترب الحلول التى جاءت بها الطوائف المسيحية مما أورده القانون فى هذا

---

(١) م ٢٦ روم أرثوذكس.

(٢) مادة ١١٨ أرمن. وقد حكم بأن معظم حالات الحضانة تحوز أحكامها حجية موقوتة بالظروف التى صدرت فيها، بحيث أنه إذا ما تغيرت فلا يوجد ما يمنع القاضى من إعادة النظر فى النزاع تحت الظروف المستجدة (انظر الاسكندرية الجزئية فى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٥٦ رقم ٨٦ س ١٩٥٦ – غير منشور). وقد جاء بهذا الحكم أن عدم أمانة الحاضنة إذا ما طرأ سببه بعد حكم الحضانة يستوجب إعادة بحث حق الحاضنة فى حضانتها ». وانظر كذلك المحكمة نفسها فى ١٠ مارس ١٩٥٨ رقم ١١٩ س ١٩٥٧ – غير منشور).

الصدد(١). وتحدد المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس السن التى تنتهى عندها الحضانة بتسع سنين للصبى وإحدى عشرة سنة للفتاة ، يسلم أى منهما بعدها إلى أبيه أو إلى من له الولاية على النفس عند عدم وجود الأب . وإذا لم يكن لاهذا ولا ذاك ترك الصغير لدى حاضنته إلى أن يقرر القضاء من هو أولى بضمه(٢). هذا هو الحكم لدى الأقباط الارثوذكس ، ولكن الطوائف الأخرى لا تضع حلولا مماثلة . فمن الطوائف ما يجعل الحضانة حتى سن السابعة سواء للذكر والأنثى(٣)، ومنها ما يضع حلولا أخرى(٤).

هذا بالنسبة لانتهاء الحضانة والسن التى تنتهى عندها . ومع ذلك ، فإنه يبدو من بعض أحكام المحاكم بالنسبة للمسلمين ، أنها لم تتقيد بالسن التى نص عليها القانون ٢٥ سالف الذكر ، ولكنها نظرت إلى العلة الحقيقية وربطت الأمر باستغناء الصغير عن خدمة النساء أو عدمها(٥).

---

(١) بل إن ما أوردته المادة ١٠٩ أرمن أرثوذكس هو نفس الحكم الذى جاء به القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

(٢) م ١٣٤ من مجموعة ١٩٥٥ . ويختلف هذا الحكم عما جاءت به مجموعة ١٩٣٨ لدى هذه الطائفة إذ تقضى بانقضاء مدة الحضانة ببلوغ سبع سنين للصبى وتسع سنين للصبية .

(٣) وهم الانجيليون (م ٣٢) والأقباط الكاثوليك (م ٤٩) .

(٤) وهؤلاء هم السريان والروم . ذلك أن السريان ـ على ما يبدو ـ لا يفرقون بين من له الحضانة والولاية على نفس الصغير ولا يتكلمون عن سن تنتهى عندها الحضانة بل يجعلونها للبرىء كما قدمنا . أما الروم فانهم إذا كانوا يجعلون الحضانة للزوج غير المسئول عن الطلاق ، فانهم فى حالة الطلاق بسبب الزوجين يجعلون للأم حضانة البنت والابن الذى يبلغ من العمر أقل من ٨ سنوات ، وللاب حضانة الابن الذى يبلغ من العمر أكثر من ٨ سنوات، مع إعطاء المحكمة السلطة فى مخالفة ذلك إذا دعت مصلحة الاولاد (انظر المادة ٢٦) .

(٥) وقد قضى فى هذا الشأن « أنه وإن كان الاصل فى تحديد أقصى سن الحضانة هو افتراض أن الصغير بعده قد استغنى عن خدمة النساء ، إلا أن الفقهاء قد رأوا فى بعض الحالات مراعاة العلة الحقيقيه دون ربطها بالسن . وقد قيل إن الصغير إذا مرض وكان عند والده =

§ — ٣ — الولاية على النفس ـ ضم الصغير

١٩٤ ـ **التعريف بها** : عرفت الخلاصة القانونية الولاية بأنها « تكفل حر رشيد عاقل بأمر القاصر من جهة ذاته وتربيته وماله تكفلا يفيد الصحة الذاتية وصلاح التربية ونجاح الحقوق الملكية إلى أن يبلغ الوقت المحدد »[١] . والتعريف كما هو واضح ينصرف إلى الولاية على النفس والولاية على المال أيضا ، ولا يعنينا فى هذا الصدد الكلام عن الولاية على المال[٢] .

وتتعلق الولاية على النفس بنقل الصغير من يد من له حضانته إلى من تثبت له الولاية ليقوم برعايته وتربيته حتى يبلغ رشده . ذلك أنه متى انتهت سن الحضانة ، أصبح الصغير فى حاجة إلى التأديب والتربية والصيانة . ولهذا ينتقل إلى من له الولاية عليه ، لأنه أقدر ـ فى الأصل ـ على القيام بهذه المهمة من الحاضنة[٣] . وهى فى الواقع مهمة خطيرة تتعلق بالعناية بالأولاد بعد فترة التمييز

= فوالدته أحق بتمريضه . كما قرر الفقهاء أن الصغير إذا كبر معتوها استمر عند والدته لحاجته إلى خدمتها بصفة دائمة . والعته نوع من المرض لا يستغنى معه المريض عن خدمة النساء . وقاس القضاء حالة المشلول على حالة المعتوه . بل إن حاجة المشلول إلى خدمة أمه أظهر » . (الاسكندرية الابتدائية فى ١٠-٦-١٩٥٨ رقم ١٨٧ س ١٩٥٦ ـ المرجع لصالح حنفى جزء ٢ رقم ١٥٦ ص ١٥٥ . وانظر كذلك محكمة الجمرك الجزئية فى ٩ مارس ١٩٥٩ ـ فى المرجع نفسه رقم ١٥٩ ص ١٥٨) .

(١) المسألة ٣٨ من الخلاصة . وهو نفس نص المادة ١٤٦ من مجموعة السريان الأرثوذكس .

(٢) فقد وحدت القواعد الخاصة بها ، وأصبحت تسرى على الجميع من مسلمين وغير مسلمين كما قدمنا فى الكتاب الأول من هذا المؤلف .

(٣) ومهمة الولى ـ كما يقول فقهاء الشريعة الاسلامية تنحصر فى (١) « تتميم تربية الطفل التى ابتدأت بالحضانة » . (٢) « الحفظ والصون بعد البلوغ ، وتولى عقد الزواج لمن كان قاصراً » . (أبو زهرة ، السابق ص ٤٥٩) .

حتى البلوغ . هذه العناية تنصرف ـ كما جاء فى الخلاصة القانونية إلى نواح ثلاثة يهمنا الإشاره إلى اثنين منها ، إذ الثالثة تتعلق بالولاية على المال . الأولى : من جهة ضرورياته الزمنية ، فيلزم الولى أن يفى للقاصر بالغذاء واللباس والمسكن وتعليم الصناعة اللائقة ، والزيجة إذا وجبت[1] ، وبالجملة لا يعوزه شيئا من ضروريات الحياة . والثانية : من جهة ضرورياته الدينية والأدبية ، يلزم الولى أن يجتهـد فى تعليم القاصر قواعد الدين المسيحى (الأرثوذكسى) ، ويهذبه بالآداب ، ويزينه بحسن الأخلاق والمعارف الضرورية[2] .

ولما كان الدور الذى يقوم به الولى على درجة من الأهمية والخطورة بالنسبة لمن هو ولى عليه ، فقد عنيت الشرائع المختلفة باختياره ، فلا يصلح أى شخص لـكى يكون وليا على النفس ، وإنما ينبغى أن تتوافر فيه شروط معينة حتى يمكن تحقيق الأهداف المقصودة من الولاية . كما عنيت الشرائع من ناحية أخرى — بقدر المستطاع — أن يكون من ذوى القربى للصغير ، حتى يتوافر لديه العطف والحنان والرغبة فى التوجيه وحسن التربية ، بنفس راضية ، وإخلاص منبعث عن عاطفة صادقة .

١٩٥ ـ من تثبت لهم الولاية : إذا كانت الولاية فى الشريعة الاسلامية

---

(١) انظر فيما سبق رقم ٩٩ ص ٤٥٨ وما بعدها من هذا الكتاب ، بالنسبة لموافقة الاولياء على الزواج .

(٢) وهذا هو نفس ما تقضى به المادة ١٥١ سريان أرثوذكس .

تثبت للعصبات[1]، فان القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية لم تتبع هذه القاعدة دائما . فقد نصت المجموعات الحديثة للاقباط الأرثوذكس[2] على أن الولاية على نفس القاصر شرعا هى للأب ثم لمن يوليه الأب بنفسه قبل موته . فاذا لم يول الأب أحدا فالولاية بعده للجد الصحيح ، ثم للأم مادامت لم تتزوج ثم للجد لأم ، ثم للأرشد من الإخوة الأشقاء ثم لأب ثم لأم ، ثم من الأعمام ، ثم من الأخوال ثم من أبناء الأعمام ثم من أبناء العمات ثم من أبناء الخالات . فاذا لم يوجد ولى ممن تقدم ذكرهم كان للمحكمة أن تعين وليا من باقى الأقارب أو من غيرهم .

هذا هو الترتيب الوارد فى المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس ، وهو هو يقرب مما جاءت به الخلاصة القانونية[3]، كما يقرب مما جاءت به مجموعة السريان الأرثوذكس . مع مراعاة أن هذه المجموعة تجعل الأم فى مرتبة متأخرة[4]. أما بالنسبة للأرمن فانها تضع الأم فى مرتبة تالية للأب ، ولا تسقط عنها الولاية لمجرد الزواج ثانية . فاذا لم يوجد أحد الوالدين أو من يعينه من مات منهما

---

(١) تجعل الشريعة الاسلامية الولاية على النفس للعصبات من المحارم ، كالاب والجد والاخ والعم ، وهى تكون لهم بترتيب قرابتهم للصغير ، الأقرب فالأقرب ، وسواء كان الصغير ذكراً أم أنثى . فاذا كان العاصب غير محرم كابن العم ضم إليه الصغير إن كان ذكراً ، ولا تضم إليه إن كانت أنثى ، بل يختار لها القاضى أميناً يضعها عنده أو يبقيها لدى الحاضنة . (انظر : أبو زهرة ، السابق ٤٥٩ وما بعدها . محمد يوسف موسى ، السابق ، ٤١٨ وما بعدها) .

(٢) انظر المادة ١٥٥ مجموعة ١٩٥٥ ويقابلها المادة ١٦٠ مجموعة ١٩٣٨ .

(٣) أنظر المسألة ٣٩ .

(٤) أنظر المادة ١٤٨ سريان ، وهى تجعل الولاية للاب ثم لمن يوليه نفسه قبل موته وتنص المادة ١٤٩ على أنه إذا لم يول الأب أحداً فالولاية بعده للجد الصحيح ، ثم للأخ الأرشد ثم للعم وابن العم ، ثم للأم بحيث يستوثق منها بألا تتزوج مادامت الولاية لها . وإذا لم يوجد أحد ممن ذكروا يولى الرئيس من الأقارب الباقين إن وجدوا ، وإلا فمن غيرهم .

أخيراً ، انتقلت الولاية إلى الأقارب حسب الترتيب المنصوص عليه[1]. ولكن ينبغى أن يراعى أن ثبوت الولاية للأم أو للأب فى حالة الطلاق أو عند انقضاء سن الحضانة ، لا يكون بالترتيب السابق ، وإنما يكون للزوج الذى حصل على حكم الطلاق ، إلا إذا رأت المحكمة من الأنفع للأولاد أن تأمر — من تلقاء نفسها أو بناء على طلب العائلة أو الرئيس الدينى - أن يعهد بهم جميعا أو بعضهم إلى الزوج الآخر ، أو إلى أحد الاقرباء أو إلى شخص أجنبى[2].

أما بالنسبة للروم الأرثوذكس فانهم لم يوردوا تنظيما بالنسبة لمن لهم الولاية على النفس، والظاهر أنهم يربطونها بالحضانة ويجعلونها لمن صدر الطلاق لصالحه . وفى حالة الطلاق بسبب الزوجين يكون للأب أخذ الابن الذى يزيد عن ثمانى سنوات ، وتبقى البنت للأم مع إعطاء المحكمة الحق فى القضاء بما يخالف ذلك ، وأن تقضى بجعلها للغير متى دعت مصلحة الاولاد[3]. وطالما أن الأمر للمحكمة تقضى فيه بحسب صالح الاولاد فان من الممكن أن تستنير فى هذا الصدد بما جاءت به الطوائف الأخرى .

---

(١) وتنص مجموعة الأرمن على أن للأب مباشرة السلطة الأبوية على ولده إلى أن يبلغ سن الرشد . وإذا أساء الوالد استعمال سلطته فللام أن تلجأ إلى المحكمة بما لها من حق الرقابة فاذا استحال على الأب من الناحية القانونية أو الفعلية مباشرة السلطة الأبوية ، انتقلت هذه السلطة إلى الأم بقوة القانون . وعند وفاة الأب تكون السلطة للأم حتى ولو لم تكن وصية والام التى تتزوج مرة ثانية لاتسقط عنها السلطة الابوية بهذا السبب وحده . وإذا توفى الاب أو الأم تكون السلطة الابويه لمن يعينه من مات منهما أخيراً ، أولاد فى الاقرباء إلى الولد بالترتيب الاتى : الجد الصحيح . الجد لأم . الأخ . العم . الخال ، وأولاد من ذكروا بنفس الترتيب وعند عدم وجود أحد من هؤلاء تكون للشخص الذى تعينه المحكمة (المواد من ١٠٣ إلى ١٠٦ من المجموعة السابقة) .

(٢) م ١٠٧ من مجموعة الأرمن الارثوذكس .

(٣) أنظر المادة ٢٦ روم أرثوذكس .

هذا هو الحكم بالنسبة للطوائف الأرثوذكسية [1].

١٩٦ — **شروط الولاية على النفس** : استلزمت القواعد الطائفية أن تتوافر في الولي على النفس شروط معينة ، سواء من حيث الديانة أم من حيث البلوغ والعقل ، أم من حيث الخلق ، والأمانة والقدرة على القيام بواجبات الولاية .

(١) **الديانة** : يلزم في الولي أن يكون مسيحيا . وهذا ماتجمع عليه الطوائف المسيحية المختلفة . بل إن منها ما يذهب إلى أبعد من ذلك ويستلزم أن يكون من له الولاية من نفس مذهب الصغير كالأقباط الأرثوذكس والأقباط الكاثوليك ولهذا الشرط أثره من حيث تأثر الصغير في هذه المرحلة من حياته بكل ما يحيط به.

(٢) **البلوغ والعقل** : يلزم أن يكون من له الولاية بالغا عاقلا غير محجور عليه . ولا يقصد بالبلوغ هنا بلوغ سن الرشد حيث تكتمل أهلية التصرفات المالية ، وإنما يكفي البلوغ طبقا لما تقضي به القواعد الطائفية المختلفة على نحو ما بينا من قبل بانتهاء الولاية على النفس [2]. ومرد هذا الشرط هو أن كلا من هؤلاء يحتاج إلى الرعاية ، فلا يعقل أن يرعى شئون غيره .

---

(١) وتقضي المادة ٢٥ بالنسبة **للانجيليين** بأنه « متى انتهت مدة الحضانة يسلم الصبي أو الصبية لأبيه المسيحي ، وإلا فلجده المسيحي ، وإلا فللاقرب من أقرباء أبيه المسيحيين ، وإلا فلاقرباء الام المسيحيين » . ومع ذلك فقد وضعت المادة ٣١ والمادة ٣٤ في شأن الولاية تنظيما آخر . وطبقاً لما جاء في هاتين المادتين تكون الولاية للاب . فاذا مات أو حكم بزوال حقوق ولايته تعين السلطة المختصة من يقوم بالولاية . وتقدم الام الغير متزوجة بزوج آخر ، إن كانت مقتدرة وحسنة التصرف ، وإلا فالجد ، وإلا فالاقرب من الاقارب واصهار .

ونص المادة ٥٢ بالنسبة **للاقباط الكاثوليك** يشبه قواعد الانجيليين . فالاولوية للأب الكاثوليكي ، وإلا يبقى الصغير عند أمه إن كانت الحضانة لها . وإلا فلجده الصحيح وإلا فلأقارب أبيه ، ثم أقارب أمه ، ثم من تعينه المحكمة بعد ذلك .

وأنظر المادة ١٢١ من الارادة الرسولية بالنسبة للكاثوليك بصفة عامة ، وهي تعرض كما بينا من قبل ، لحفظ وتربية الاولاد .

(٢) أنظر فيما سبق ص ٤٥٨ - ٤٥٩ من هذا الكتاب .

(٣) **حسن الخلق:** يلزم أن يكون لمن تثبت له الولاية من حسن الخلق ما يجعله قادرا على تربية الصغير وضمان حمايته . وقد عبرت القواعد الطائفية عن ذلك بعبارات مختلفة . فهى تعطى للسلطة المختصة أن تحرم من له الولاية من حقه فيها متى كان « فاسد الآداب » أو إذا كان يخشى على الصغير « المضرة المادية والأدبية » من بقائه معه . وتنص مجموعات الأقباط فى هذا الصدد على أنه ينبغى ألا يكون الولى محكوما عليه فى جريمة ماسة بالشرف أو النزاهة [١] .

وحسن الخلق يقتضى أن يكون الولى أمينا على نفس الصغير بالمعنى الواسع لهذا اللفظ ، فلا يكون مفسداً له ، كما يقول فقهاء الشريعة الاسلامية ، لأن هذه الولاية للاصلاح والحفظ ، فلا يتولاها من اشتهر بالفساد وغلب على أحواله عدم الصلاح، بحيث ينال الصغير ضرر من بقائه تحت ولايته ، أياً كان هذا الضرر . فليس هذا من مصلحة الصغير . والقاضى هو الذى يقدر ذلك ، مع مراعاة أن أمانة الوالد على ولدة مفترضة حتى يقوم الدليل على عكسها [٢] .

(٤) **القدرة على القيام بواجبات الولاية :** يجب أن يكون من تثبت له الولاية قادراً على القيام بواجباتها نحو الصغير . ولهذا لاتثبت الولايه لمن كان غير قادر على العمل بسبب الشيخوخة أو المرض أو العاهه ، بحيث لايمكنه القيام بأداء

---

(١) أنظر على التوالى المادة ١٠٨ أرمن و ٣٢ انجيليين و ٥٢ أقباط كاثوليك و ١٥٦ (سنة ١٩٥٥) أقباط أرثوذكس .

(٢) أنظر فى هذا : محمد أبو زهرة ، السابق ، ص ٤٦١ . وكذلك حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ٥ - ١٢ - ١٩٥٦ رقم ٥٨٩ س ١٩٥٧ ، والاسكندرية الابتدائية فى ٣١/١٢/١٩٥٧ رقم ٢٥٣ س ١٩٥٧ والحكمان فى المرجع جزء ٢ لصالح حنفى رقم ١٤٥ و ١٥٠ ص ١٥٠ و ١٥٢ على التوالى . وتشترط المادة ١٥٠ **سريان** على الرئيس أن لا يولى أحداً ... إلا الراشد الأمين المسيحى ..

واجباته . وتضيف الخلاصه القانونية إلى هذا أنه يلزم « أن لا يكون موظفا بالجنديه ولا من أعوان الحكم » [١] وترمى هذه العبارة إلى أن مثل هذه الأعمال تشغله عن القيام بأداء واجباته التى تفرضها الولايه على الصغير .

وبالاضافه إلى الشروط السابقة يمكن أن يضاف شرط آخر خاص بالأم فى الحالة التى تثبت لها فيها الولاية على الصغير لدى الطوائف المسيحيه ، وهو أنه يلزم ألا تكون متزوجه من غير أبيه أثناء مدة ولايتها ، لأن زوج الأم عادة يبغض أولادزوجته وليس من مصلحه الصغير بقاؤه لدى من يبغضه [٢] .

١٩٧ — **سلب الولاية :** لا شك أنه يلزم توافر الشروط السابقة ابتداء وبقاء . ومعنى هذا أنه إذا لم تتوافر شروط الولاية منذ البداية كانت للتالى فى المرتبة . ومن ناحية أخرى إذا توافرت فى بدء قيام الولاية ثم تخلفت أو تخلف أحدها بعد ذلك سلبت منه الولاية ، وهى تسلب منه بناء على طلب ذوى المصلحة .

وقد بينت المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس أن الولاية تسلب بناء على طلب كل ذى شأن فى الأحوال الآتية :

---

(١) المسألة ٣٩ خلاصة وأنظر أيضاً المادة ١٥٠ **سريان** أرثوذكس ، وهى تقابل ما جاء فى الخلاصة ، وتبين كذلك أنه يشترط ألا يكون موظفاً بالجندية وما أشبهها ، لأنه بذلك يكون مشغولا دائماً عن القيام بما يرق مصلحة القاصر .

(٢) هذا هو الأصل (أنظر م١٥٥ لسنة ١٩٥٥ أقباطأرثوذكس و م١٤٩ **سريان**) ومع ذلك فان بعض الطوائف (الأرمن الأرثوذكس مادة ١٠٥) تقرر أن « الأم التى تتزوج مرة ثانية لا تسقط عنها السلطة الأبوية بهذا السبب وحده » . ولهذا نرى أن يترك تقدير بقاء الصغير لدى أمه فى مثل هذه الحالة للظروف ، ويقدرها قاضى الموضوع ، إذ قد يرى أن مصلحته فى البقاء مع أمه ، حتى ولو كانت متزوجة من غير أبيه . فقد يكون الضرر المتوقع بالصغير من وجوده مع أمه أخف وأقل بكثير من الضرر الذى يصيبه من وجوده فى بيت شخص آخر تثبت له الولاية عليه بعد الأم .

(١) إذا أساء الولى معاملة القاصر إساءة تعرض صحته للخطر أو أهمل تعليمه وتربيته . (٢) إذا كان مبذرا متلفا مال القاصر غير أمين على حفظه — وهذه الحالة تتعلق بما إذا كان لولى النفس الولاية على المال أيضا . (٣) إذا حجر على الولى أو حكم عليه فى جريمة ماسة بالشرف أو النزاهة » أواعتنق دينا غير المسيحى أو مذهبا غير المذهب الأرثوذكسى . (٤) إذا أصبح غير قادر على القيام بعمله لشيخوخة أو مرض أو عاهه . وفى الحالتين الأخيرتين يجوز أن تعاد الولاية إلى من سلبت منه ، متى زال السبب الموجب لسلبها [1] .

وإذا كانت الطوائف قد وضعت للولاية شروطا معينة ، وبينت الحالات التى تسلب فيها ، فان المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ قد وضع حالات تسلب فيها الولاية على النفس [2] ، وهى تعتبر حالات عامة تسرى على الجميع من مسلمين وغير مسلمين . ولكنها لا تكون كذلك إلا بالنسبة لما وردت بخصوصه . وفيما عدا ذلك تطبق القواعد الطائفية . إذ وردت فى المادة الأولى من المرسوم بقانون سالف الذكر أنه « فيما عدا الأحوال الأخرى التى ينص عليها قانون الأحوال الشخصية لسلب الولاية أو الحد منها أو وقفها تتبع الأحكام الآتية ...» . وقد بين نوعين من الحالات تسلب فيها الولاية ، فى النوع الأول يكون الأمر وجوبيا وفى النوع الثانى يكون جوازيا :

---

(١) أنظر المواد ١٥٨ ، ١٥٩ مجموعة ١٩٥٥ أقباط ، ويقابلها ١٦٧ ، ١٦٨ من مجموعة ١٩٣٨ .

ولا يخرج ما جاءت به بعض الطوائف الأخرى عن ذلك . فتنص المادة ٣٣ للانجيليين على أنه « يجوز للسلطة المختصة أن تحرم من حقوق الولاية المذكورة الأب ، إذا كان فاسد الاداب ، أو إذا اعتنق ديانة أخرى » وأنظر كذلك المادة ٥٣ للاقباط الكاثوليك .

(٢) الوقائع ١١٨ فى ٤ أغسطس ١٩٥٢ . هذا وقد بينت المادة ١٢ من هذا المرسوم أن المقصود بالولى فى تطبيق أحكامه الأب والجد والأم والوصى ، وكل شخص ضم إليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص .

ا ـ الحالات التي يجب فيها سلب الولاية : تسلب الولاية ، ويسقط كل ما يترتب عليها من حقوق بالنسبة للأشخاص الآتى ذكرهم (١) .

(١) من حكم عليه لجريمة الاغتصاب أو هتك العرض أو لجريمة مما نص عليه فى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة ، إذا وقعت الجريمة على أحد ممن تشملهم الولاية .

(٢) من حكم عليه لجناية وقعت على نفس أحد ممن تشملهم الولاية أو حكم عليه لجناية وقعت من أحد هؤلاء .

(٣) من حكم عليه أكثر من مرة لجريمة مما نص عليه القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة .

ويترتب على سلب الولاية بالنسبة إلى صغير ، سلبها بالنسبة إلى كل من تشملهم ولاية الولى من الصغار الآخرين ، فيما عدا ما أشير إليه فى الحالة الثانية إذا كان هؤلاء الصغار من فروع المحكوم بسلب ولايته ، وذلك ما لم تأمر المحكمة بسلبها بالنسبة إليهم أيضا .

ب ـ الحالات التى يجوز فيها سلب الولاية او وقف كل حقوقها أو بعضها :

نص المرسوم بقانون رقم ١١٨ سالف الذكر فى المادة الثالثة منه على أنه يجوز أن تسلب أو توقف كل أو بعض حقوق الولاية بالنسبة إلى كل أو بعض من تشملهم الولاية الأحوال الآتية :

(١) إذا حكم على الولى بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة (٢) .

---

(١) المادة ٢ المرسوم بقانون سالف الذكر .

(٢) والأمر فى هذه الحالة عام أيا كان سبب الحكم على الولى ، سواء كان لجريمة تخل بالشرف أو الأخلاق ، أو لغيرها من الجرائم السياسية . ولما كان الأمر جوازيا فى هذه الحالة فان للمحكمة التى يعرض عليها طلب سلب الولاية أن تراعى ما إذا كان السبب مخلا بالشرف والأخلاق أم لا (قارن مع ذلك محمد يوسف موسى ، السابق ٤٣٠) .

(٢) إذا حكم على الولى لجريمه اغتصاب أو هتك عرض ، أو لجريمة مما نص عليه القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة .

(٣) إذا حكم على الولى أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس بغير وجه حق أو لاعتداء جسيم ، متى وقعت الجريمة على أحد من تشمله الولاية .

(٤) إذا حكم بايداع أحد المشمولين بالولاية دارا من دور الاستصلاح ، وفقا للمادة ٦٧ من قانون العقوبات ، أو طبقا لنصوص قانون الأحداث المتشردين .

(٥) إذا عرض الولى للخطر صحة أحد من تشملهم الولاية أو سلامته أو اخلاقه أو تربيته بسبب سوء المعاملة أو سوء القدرة نتيجة الاشتهار بفساد السيرة أو الإدمان على الشراب أو المخدرات ، أو بسبب عدم العناية أو التوجيه . ولا يشترط فى هذه الحالة أن يصدر ضد الولى حكم بسبب تلك الأفعال [١] .

هذه هى الحالات التى تسلب فيها الولاية سواء كان ذلك السلب إجباريا أو اختياريا ، إذا ما توافر سبب من الأسباب التى أوردها القانون على النحو السابق . ولا يهم الوقت الذى توافر فيه السبب ، إذ يقرر القانون أنه يحكم بسلب الولاية ولو كانت الأسباب التى اقتضت سلبها سابقة لقيام الولاية أو لقيام سببها (مادة ٤) .

---

(١) وفى هذه الحالة وسابقتها ، يجيز القانون للمحكمة بدلا من الحكم بسلب الولاية أو وقفها أن تعهد إلى وزارة الشئون الاجتماعية بالإشراف على تربية الصغير أو تعليمه إذا رأت فى ذلك مصلحة له . وللوزارة المذكورة أن تفوض فى ذلك أحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض .

وإذا لم تتحقق الفائدة من هذا الإشراف لسبب يرجع إلى الولى ، جاز رفع الأمر للمحكمة للنظر فى سلب ولايته أو وقفها . (مادة ٩ من المرسوم بقانون ١١٨) .

وإذا ما قا قضت المحكمة بسلب الولاية أو بوقفها ، عهدت بالصغير إلى من يلى المحكوم عليه فيها قانونا . فان امتنع أو لم تتوافر فيه أسباب الصلاحية لذلك ، جاز للمحكمة أن تعهد بالصغير إلى أى شخص آخر ؟ ولو لم يكن قريبا له ، متى كان معروفا بحسن السمعة وصالحا للقيام على تربيته ، أو أن تعهد به لأحد المعاهد أو المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض ، وفى هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تفوض من عهدت إليه بالصغير بمباشرة كل أو بعض حقوق الولاية .

وإذا قضت المحكمة بالحد من الولاية فوضت مباشرة الحقوق التى حرمت الولى منها إلى أحد الأقارب أو إلى شخص مؤتمن أو إلى معهد أو مؤسسة مما ذكر على حسب الأحوال (مادة ٥) .

هذا وقد نص القانون على أنه إذا وقعت جريمة على صغير أومنه مما يوجب أو يجيز سلب الولاية ، جاز لسلطة التحقيق أو الحكم أن تعهد بالصغير إلى شخص مؤتمن يتعهد بملاحظته والمحافظة عليه ، أو إلى معهد خيرى معترف به من وزارة الشئون الاجتماعية حتى يفصل فى الجريمة وفى شأن الولاية (مادة ٧) .

كما أجازت المادة الثامنة للمحكمة الجنائية حين تقضى بالعقوبة على الولى فى الحالات المنصوص فى المادة الثانية ـ (وهى من حالات وجوب سلب الولاية) ـ ، وفى البنود الأربعة الأولى من المادة الثالثة ــ (وهى من حالات جواز سلب الولاية أو الحد منها) ـ أن تحكم أيضا بسلب الولاية أو الحد منها. أما ما يترتب على ذلك من تدابير وآثار ، فتحكم فيه المحكمة المختصة بناء على طلب النيابة أو ذى الشأن ، وفقا لأحكام هذا القانون ولقانون المرافعات . ويرتب القانون على سلب الولاية على النفس سقوطها عن المال [1] .

---

(١) ولا يجوز أن يقام الولى الذى يحكم بسلب ولايته وصياً أو مشرفاً أو قيا ، كما لا يجوز أن يختار وصياً (مادة ١٠) .

استرداد الولاية : وقد أجاز القانون للأولياء الذين سلبت ولايتهم ،وفقا للبند ٢و٣ من المادة الثانية (الحالات الإجبارية) ، أو سلبت ولايتهم أو بعض حقوقهم فيها ، وفقا للبند ١و٢و٣ من المادة الثالثة (الحالات الجوازية) ، أن يطلبوا استرداد الحقوق التى سلبت منهم إذا رد اعتبارهم . كما يجوز لهم ذلك أيضا فى الأحوال المنصوص عليها فى البندين ٤و٥ من المادة الثالثة ، إذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ الحكم بسلب الولاية (مادة ١١) .

١٩٨ ــ **انتهاء الولاية** : تنتهى الولاية على النفس ببلوغ القاصر[1] . ولا يقصد بالبلوغ هنا بلوغ سن الرشد واكتمال الأهلية بالنسبة للتصرفات المالية ولكن البلوغ هنا يختلف باختلاف الطوائف على نحو ما قدمنا عند كلامنا عن زواج من هم تحت الولاية[2] ، والولاية تنتهى إذا بلغ الشخص عاقلا ، أما إذا بلغ مجنونا أو معتوها فانها تستمر . وإذا ما بلغ الشخص عاقلا ثم طرأ عليه عارض من العوارض السابقة عادت عليه الولاية[3] .

---

(١) وهذه القاعدة الخاصة بانتهاء الولاية على النفس بالبلوغ تسرى على كافة الطوائف مع اختلاف فى السن الذى يعتبر سناً للبلوغ أو التكليف .

(٢) أنظر ما سبق رقم ٩٩ ص ٤٥٨ - ٤٥٩ .

(٣) أنظر المادتين ١٦٠ ، ١٦١ مجموعة ١٩٥٥ أقباط (وتقابلان ١٦٩ ، ١٧٠ من مجموعة ١٩٣٨) .

وانظر بالنسبة لأحكام الشريعة الإسلامية : محمد يوسف موسى ، فقرة ٥٥٩ ، ٥٦٠ ص ٤٢٠ وما بعدها . أبو زهرة السابق ص ٤٦٠ .

وقد تكلمت المسألة ٤٣ من الخلاصة القانونية عند انتهاء الولاية (بصفة عامة على النفس والمال) ، وهى تنتهى ببلوغ ٢٥ سنة خلافا للمجموعات الحديثة لدى طائفة الاقباط الارثوذكس. وبانتهاء الولاية يصير لكل من الذكر والانثى السلطان الذاتى على نفسه (أنظر نص المسألة) وأنظر المادة ١٦٤ وما بعدها من مجموعة السريان الارثوذكس .

المطلب الثانى

الانفصال الجسمانى

Ia séparation de corps

١٩٩ – التعريف به لدى المذاهب المختلفة – تقسيم المبحث: ينصرف الانفصال الجسمانى إلى الحالة التى يفرق فيها بين الزوجين فى المعيشة – مع بقاء الرابطة الزوجية . ذلك أنه إذا كان يترتب على الزواج التزام كل من الزوجين بمساكنة الآخر والحياة معه ، وكان هذا يستلزم تبعاً لذلك اشتراكهما فى المائده والفراش ، فان الانفصال الجسمانى يؤدى إلى زوال هذا الالتزام، وبالتالى يكون لكل منهما ، مع بقاء الآثار الأخرى التى تترتب على الزواج، باعتبار أن الرابطة الزوجية لا تنفصم، ولا يكون لأى من الزوجين عقد زواج جديد [١] .

هذا هو مفهوم الانفصال الجسمانى لدى الشرائع المسيحية التى تأخذ به ، فلا تنحل الرابطة الزوجية بموجبة ، وإنما توقف بعض الآثار المترتبة عليها . وقد سبق أن رأينا انقسام المسيحيين فى فهمهم للمقصود بالطلاق، ورأينا أن الكاثوليك يأخذون بقاعدة عدم انحلال الزواج إلا بالموت . متى كان الزواج قد اكتمل بالدخول . وهذا هو ما ينصرف إليه معنى الطلاق عندهم . فالطلاق الذى أشار اليه الانجيل ينصرف إلى انفصال الزوجين انفصالا جسمانيا فقط ؛ ولهذا قيل إن الانفصال الجسمانى هو طلاق الكاثوليك [١] .

---

(١) تنص المادة ٣٢ من القواعد التى جمعها فيليب جلاد بالنسبة للكاثوليك على أنه : « قد يؤذن بالهجر ، أى انفصال أحد الزوجين عن الآخر فى حق المضجع أو الاقامة معاً ، إذا وجدت علل مقبولة توجب ذلك مع بقاء وثاق الزواج قائماً ، بحيث لا يحق لاحدهما أن يعقد زواجا بينه وبين زوج آخر قبل موت زوجه » .

(١) la séparation de corps est le divorce des catholiques

وأنظر فيما سبق فقرة ١٥٠ من هذا الكتاب .

ولا تنفرد الطوائف الكاثوليكية بالأخذ بنظام الانفصال الجسمانى ، بل عرفته الطوائف الأخرى ، فى صور تختلف عما جاء بالنسبة للكاثوليك. من ذلك ماورد بالنسبة للأرمن الأرثوذكس، إذ بنيت قواعدهم إمكان الأخذ به بدلا من الالتجاء إلى الطلاق . فقد نصت المادة ٦٤ من مجموعة الأرمن على أنه « فى الأحوال التى يصح فيها الطلاق ، يجوز للزوجين أن يطلبا الانفصال [١] » . كما نصت المادة ٦٦ من المجموعة نفسها على أن « للزوجين فى أية حالة كانت عليها الدعوى أن يعدلا طلب الطلاق إلى طلب الانفصال » .

وإلى جانب ذلك تعرضت القواعد الخاصة بالأرمن، كما تعرضت المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس لحالة يفرق فيها بين الزوجين تفريقا مؤقتا ، فقد نصت المادة ٥٥ [٢] (مجموعة ١٩٥٥) للأقباط على أنه فى حالة طلب الطلاق يعرض الصلح على الطرفين ، فان لم يقبلاه ، ينظر فى الترخيص لطالب الطلاق أن يقيم بصفة مؤقتة أثناء رفع الدعوى بمعزل من الزوج الآخر . ولكن المادة ٦٠ من مجموعة الأرمن تعرض لهذه الحالة فى صورة أخرى . فتقضى بأنه « إذا رفع طلب الطلاق ، لأى سبب ، عدا السبب المنصوص عليه فى المادة ٣٩ [٣]، للمحكمة ألا تحكم مباشرة به ، ولو كان الطلب على حق . وفى هذه الحالة تأمر بانفصال الزوجين ، أو تبقى هذا الإجراء إذا كان قد سبق لها اتخاذه ، وذلك لمدة لا تزيد عن سنة . ويتعين على المحكمة أن تأمر أولا بانفصال الزوجين لمدة

---

(١) وتنص المادة ٦٥ على أن « تراعى فى رفع هذه الدعوى وفى تحقيقها والحكم فيها، إجراءات دعوى الطلاق ، بما فى ذلك إجراءات الصلح ، للمادة طبقاً (٥٣) وما بعدها » .

(٢) وهى تقابل المادة ٦٠ من مجموعة ١٩٣٨ .

(٣) وهو يتعلق بالتطليق للجنون .

سنة فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٥٢ ، فاذا انقضى الأجل الذى حددته المحكمة دون أن يتصالح الزوجان ، كان لكل منهما أن يعلن الآخر بالحضور لسماع الحكم بالطلاق » . وواضح من هذا النص أن الانفصال بين الزوجين انفصال مؤقت ، يقصد منه حمل الزوجين على التريث ومحاولة الصلح والتوفيق قبل الاقدام على التطليق بجعله المرحلة النهائية عند اليأس من الإصلاح بين الزوجين. والأصل أن الأمر جوازى ،إلا أنه فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٥٢ ، وهى حالة وجود تنافر شديد فى الطباع ، يتعين على المحكمة أن تأمر به، أملا فى تهدئة النفوس ، وعود الحياة إلى سيرها الطبيعى (١) . ويقرب من هذا ما نص عليه بالنسبة للروم الأرثوذكس (٢) .

---

(١) انظر كذلك استئناف القاهرة فى ١٩٥٨/٣/٢٩ رقم ٨ س ٧٥ ق (خفاجى ورابح ص ١٤٤-١٤٥) ويراعى بالنسبة للأرمن أنه إذا كان الانفصال قد تم فعلا لمدة سنة فلا ضرورة لأن يصدر الحكم بانفصال الزوجين لمدة سنة أخرى » لأن المدة قد حددت لمجرد الاختبار ومحاولة التوفيق بين الزوجين . فاذا ثبت انقضاؤها بغير جدوى ، فلا محل لأن يقضى بانفصالهما لسنة أخرى ،

(٢) فقد جاء فى المادة ٤٣٣ وما بعدها من لائحة ترتيب محاكم الكرسى البطريركى بالاسكندرية أن الافتراق هو إقامة أحد الزوجين بعيداً عن الآخر بمقتضى حكم من « المحكمة الكنسية » ، وأنه يطلب بعريضة أصلية أو بطلب فرعى فى أثناء دعوى الطلاق أو دعوى نفقة . ويكون الافتراق بسبب الخلافات الجدية بين الزوجين ، والتى قد تتأتى عنها نتائج خطيرة والشحناء بينهما يومياً ، واستحالة سكن الزوجين وقتياً فى مسكن واحد ، والأخطار التى تهدد حياتهما ، وكل سبب آخر ترى المحكمة الأخذ به . فتقدير أسباب الافتراق تترك للمحكمة (م ٤٣٥) .

وإذا مارأت المحكمة بعد المناقشات فى الدعوى أن هناك مايدعو لانفصال الاقامة أو الافتراق قبلت الدعوى وعينت مدة الانفصال . ولا يمكن أن تتعدى هذه المدة سنة واحدة . والمكان الذى يقتضى على الزوجة أن تقيم فيه ، وقيمة النفقة التى يجب أن يدفعها لها زوجها ، والقريب الذى سيقيم عنده الأولاد فى أثناء الانفصال على نفقة الأب حسب حال الزوجين الخاصة . وإذا رأت المحكمة عدم صحة الدعوى رفضتها وأمرت بسكنى الزوجين معاً (م ٤٤٠) .

هذا بالنسبة للأرمن والروم . أما الأقباط والسريان الأرثوذكس ، فقد عرفوا نوعا من المفارقة يختلف مفهومه - على ما يبدو - عن مفهوم الانفصال الجسمانى ، على النحو السابق . فقد تكلمت القواعد الخاصة بهاتين الطائفتين عن « بقاء معاشرة الزوجين دون اختلاط الفراش ». وجاء فى المسألة ٣٠ من الخلاصة القانونية[١] أنه « مع وجود بعض العلل الموجبة للفسخ ، يجوز بقاء معاشرة الزوجين دون اختلاط الفراش ، بحيث تكون العله قهرية لا إرادية[٢] ، حادثة لأحدهما بعد الاقتران لا قبله ، والقرين الآخر لا يؤثر الفرقة ولا يتطلب الزواج . وفى هذه الحالة يبقى ارتباط الزواج من جهة المعاشرة والخدمة والإعالة وما أشبه . ثانيا ، ولو أن الاختلاط الفراشى امتنع بينهما لعلة ، إنما لا يعول فى ذلك إلا باعتبار أمرين . الأول بأن لا تكون هذه المعاشرة موجبة الإتلاف أو تبديد حقوق القرين ذى العلة بواسطة تمكن القرين الآخر منها . الثانى وأن لا تكون أيضا موجبة لوقوع القرين السليم من العلة فى دنس الزنا بتسر أو غيره كأن يكون شابا لا يضبط نفسه ، أو غير شاب لكنه لا يقدر على الامساك ، وحينئذ لا يرخص الرئيس بمثل هذه المعاشرة إلا إذا تحقق عدم وجود هذين المحذورين ، ومتى كانت المعاشرة سليمة من ذلك وما أشبهه يصرح ببقائها » .

ومن هذا يتضح أن بقاء المعاشرة دون اختلاط الفراش المقصود هنا

---

(١) انظر المادة ١٠٨ من مجموعة السريان ولا يخرج مضمونه عما جاء فى الخلاصة القانونية . وقد أشار ابن لقلق وابن العسال إلى المفارقة بين الزوجين ، انظر ابن لقلق ، ملحق ابن العسال ص ٢٤ ، وابن العسال ، السابق ص ٢١٦ .

(٢) وتبين المادة ١٠٨ من مجموعة السريان أن العلة تكون قهرية كما لو حصل للرجل عنة أو أخصى بعملية جراحية قهراً أو أصاب المرأة مرض عضال مانع . فان بقاء المعاشرة حينئذ موكول لمن لم يكن مصاباً بمرض من هذه الأمراض لقول بولس المنتخب « فليتمسك الرجل بامرأته ولتتمسك المرأة ببعلها « ١ كو ٧-١-١٦ » .

ينصرف إلى بقاء ارتباط الزواج من جهة المعاشرة والخدمة والإعالة وما أشبه ، لكن دون اختلاط الفراش . وهو فى هذا يختلف عن مدلول الانفصال الجسمانى كما قدمنا . كما أنه يلزم لقيام هذه الحالة أن توجد بعض الأسباب القهرية الموجبة « للفسخ » ، وأن تطرأ بعد الزواج ، وبشرط أن يرغب غير المصاب فى الابقاء ولا يتطلب الزواج من جديد . كما يلزم لقيام هذه الحالة كذلك ألا تكون المعاشرة موجبة لإتلاف أو تبديد حقوق الفريق الآخر ذى العلة بواسطة تمكن الآخر منها . كما يلزم أخيرا ألا تكون موجبة لوقوع القرين السليم فى الزنا ، بأن كان لا يقدر على إمساك نفسه . فاذا توافرت هذه الاسباب صرح ببقاء المعاشرة على هذا النحو ، وإلا رفضت .

هذا بالنسبة للطوائف الأرثوذكسية وهم الأقباط والسريان والأرمن والروم . وسنكتفى بالإشارة إلى الأحكام السابقة الخاصة بها . وقد أخذت قواعد الانجيليين بهذا النظام ، إذ جاءت النصوص المنظمة فى له الباب الثالث تحت عنوان المفارقة بالمواد ١٤ و١٥ و١٦ ، ولهذا فإننا نشير إلى ما جاءت به هذه القواعد ، إلى جانب كلامنا عن التنظيم الذى وضعته الإرادة الرسولية للطوائف الكاثوليكية ، فقد وضعت القواعد الوارد فيها الأحكام المنظمة للانفصال الجسمانى ، بعد أن نصت على المبدأ العام الذى يقضى بأن « على الزوجين أن يلزما المعيشة الزواجية (vie conjugale) المشتركة ، ما لم يعذرهما سبب عادل[1] » .

---

(١) مادة ١١٧ من الارادة الرسولية . وانظر كذلك المادة ٣٢ من القواعد التى أوردها فيليب جلاد للكاثوليك ، والمادة ٣٦ من القواعد التى وضعها الأقباط الكاثوليك ، وتنص هذه الأخيرة على أن « الزواج الكاثوليكى رباط لا ينفصم إلا بوفاة أحد الزوجين . على أنه مع بقاء الزوجية قائمة يجوز لأسباب خطيرة التفريق بين الزوجين » .

وسنعرض فيما يلى لأحكام الانفصال الجسمانى ، فنبين أسبابه ، وآثاره ، وانقضاءه .

الفرع الأول

أسباب الانفصال

٢٠٠ — **الانفصال بسبب الزنا وغيره من الأسباب الأخرى** : لم توردالارادة الرسولية أسباب الانفصال الجسمانى على سبيل الحصر ، كما يبد من صياغة النصوص الواردة فى هذا الصدد . فقد تكلمت عن الانفصال الجسمانى بسبب الزنا والانفصال لأسباب أخرى ، دون أن تحصرهذه الأسباب الأخرى[1] .

أولا : الانفصال بسبب الزنا : إذا كانت الكنيسة الكاثوليكية لم تسمح بانحلال الزواج للزنا ، فانها تجعل منه سببا للانفصال . وقد نصت المادة ١٨من الارادة الرسولية على أنه :

« ١ — إذا زنا أحد الزوجين حق للبرىء — مع بقاء وثاق الزواج — أن يهجر المعيشة المشتركة ، حتى هجراً دائما ، إلاأن يكون قد وافق على جرم زوجه أو سببه له ، (أى كان سببا فى حدوثه) ، أو صفح عنه بالتصريح أو بالدلالة[2] ، أو اقترف هو نفسه الجرم عينه la même faute » .

---

(١) وتختلف الأسباب لدى الكاثوليك عن الانجيليين ، فلم تورد القواعد الخاصة بالانجيليين الزنا ضمن أسباب المفارقة ، لأنها تعتبره سبباً للتطليق ، ولكنها تتكلم عن حالة ما « إذا أصبحت عيشة أحد الزوجين منغصه ومرة فوق الاحتمال بسبب سوء معاملة الآخر المتواصلة ، ولم تفلح المصالحة بينهما . . » وهذا يدخل ضمن الطائفة الأخرى من الأسباب غير الزنا لدى الكاثوليك ، كما سنرى فى المتن .

(٢) وقد حدد نص الارادة الرسولية المقصود بالصفح دلالة (ضمنا) فبين فى الفقرة =

ولا يخرج المقصود بالزنا فى هذه الحالة عن المعنى الذى يعطى له باعتباره سببا للتطليق لدى الطوائف الأخرى[١]. وإذا ما تم ذلك كان لأى من الزوجين أن يهجر الآخر بصفة دائمة . إلا أنه يلزم ، كما هو واضح من الارادة الرسولية: (١) ألا يكون قد وافق على جرم الآخر . (٢) أو دفعه إليه . (٣) أوارتكب هو نفسه الزنا . (٤) أو إذا صفح عنه صراحة أو ضمنا .

والزنا من الأسباب الدائمة perpétuelles للانفصال . ويعتبر الانفصال هنا كجزاء أو كعقوبة peine على خطأ ارتكبه الزانى من الزوجين . ولهذا أثره من حيث النظر فى الآثار التى تترتب على الانفصال كما سنرى .

ثانيا : الانفصال للاسباب الاخرى غير الزنا : أقرت الكنيسة الكاثوليكية أسبابا أخرى للانفصال . وقد أوردت المادة ١٢٠ من الإرادة

=الثانية من المادة ١١٨ أنه : « يكون الصفح بالدلالة إذا عاشر الزوج البرىء الزوج الآخر طوعاً de plein gré ، وبانعطاف الزوج إلى زوجه ، أى بمعاشرته معاشرة زوجية بعد أن علم بجرم زناه . ويقدر هذا الانعطاف إذا مضت ستة أشهر على حادث الزنا ، ولم يطرد الزوج الزانى أو لم يغادر ، أو لم يرفع شكوى مشروعة عليه » .

وهذا هو ما نصت عليه كذلك المادة ٣٧ و ٣٨ من القواعد التى وضعها الأقباط الكاثوليك وتقضى المادة ٣٦ من القواعد التى جمعها فيليب جلاد فى هذا الصدد بأن « زنا أحد الزوجين مسوغ للهجر ، ويشترط أن يكون محققاً واختيارياً ، أى غير مكره عليه ، وغير مصفوح عنه لا تصريحاً ولادلة ، كاستيفاء الجماع بعد العلم بالزنى ، وأن لا يكون الزوج الآخر مرتكباً الزنى نظيره ، فيتقابل الذنبان » .

(١) وانظر كذلك فى تحديد المقصود بالزنا : De Smet ، السابق ص ٢١٧-٢١٨ وقد بين فيليب جلاد (المرجع السابق جزء خامس ، ص ٣٥٩ بالهامش) أن المقصود بالزنا « الفسق وكل مضاجعة من شخص أجنبى واللواط والبهيمية ، كما بين كذلك أنه لا محل للحكم بالتفريق لو باشر الرجل امرأته بعد اشتهار زناها وعلمه به ، أو لو عرضها هو نفسه للفسق ، أو لم يقم نحوها ،مع قدرته، بواجب الجماع . كذلك لا محل للحكم بالتفريق لوفسقت المرأة بدون ذنب مثل لو تزوجت آخر ظانة أن زوجها قد مات . »

الرسولية هذه الأسباب ولـكنها لم توردها على سبيل الحصر . فقد بينت أنه « إذا انتمى أحد الزوجين إلى بدعة غـير كاثوليـكية une secte acatholique[1] ، أو إذا ربى الأولاد تربية غير كاثوليـكية[2]، أو سلك سـلوكا مجرما أو شائنا ، أو إذا كان أحد الزوجين خطراً جسيما على نفس الآخـر أو أو جسده[3] ، أو إذا جعل الحياة المشتركة صعبة جدا بسبب تصرفه القاسى par des sévices أو بما شابه به ذلك من الأسباب[4]، كان للزوج الآخر

---

(١) تنص المادة ٣٧ من القواعد التى أوردها فيليب جلاد على أن من مسوغات الهجر أو الانفصال « تغيير المذهب الكاثوليكى » .

(٢) وهم يعتبرون ذلك زنا روحيـا من ناحية وللتشابه مع حالة امتياز الإيمان Cosus apostoli من ناحية أخرى ، حيث يباح للزوج الذى اعتنق المسيحية أن يترك الطرف الذى بقى على غير الايمان (انظر De Smet السابق ص ٢١٨) .

(٣) ويبدو هذا فى حالة ما إذا دفع أحدهما الآخر إلى المعصية ولا يمكن لهذا الأخير أن يقاوم طالما ظل مع الآخر تحت سقف واحد . ويوجد هذا الخطر كذلك فى حالة العجز الذى يطرأ بعد الزواج ، إذا كان من شأنه أن يؤدى إلى خطر عاجل بارتكاب المعصية ، لا يكفى لتلافيه انفصال الزوجين فى المضجع فقط . وترجع مشروعية هذا السبب إلى أن أقوال المسيح تحث على ترك كل ما يؤدى إلى الفضيحة ، حتى ولو نزعت العين أو قطعت اليد (انظر De Smet السابق ص ٢١٩) . ويوجد خطر على الجسم فى حالة أوجه الايذاء أو التهديد الجدى بالموت أو بمرض معد . وانظر كذلك ما أورده فيليب جلاد فى المادة ٣٥ بالنسبة للهجر بسبب « كبير خطر النفس والجسد » .

(٤) ومن الأسباب التى تؤدى إلى الانفصال كذلك ، إختيار حياة أفضل ، متى تم برضا الزوجين المتبادل ، على نحو ماتقضى به القواعد الكنسية فى هذا الصدد ، (انظر De Smet السابق ص ٢١٩ و ٢٢٣) وقد قضت محكمة الاسكندرية الابتدائية فى (١٩-١٠-١٩٥٦ رقم ٤٢ س ١٩٥٦ .. غير منشور) بأنه إذا اتفق الزوجان (روم كاثوليك) على الانفصال الجسمانى فانه يتعين على المحكمة الحكم بايقـاع الانفصال بينهما . وواضح من هـذا أن الرضا المتبادل لا يكفى وحده وإنما يتعين أن يحكم القضاء بذلك كما سنرى فى المتن . وانظر ما سبق بالنسبة للطلاق بالرضا المتبادل رقم ١٥١ ص ٨٠٧ وما بعدها من هذا الكتاب وخاصة هامش ٢ ص ٨٠٩ . وتنص المادة ٣٣ من القواعد التى أوردها فيليب جلاد على أن « أخص =

أن ينفصل شرعا إما بسلطة الرئيس الكنسى المحلى ، أو حتى بسلطته هو من تلقاء نفسه (de sa propre antorité) إذا كانت أسباب الانفصال واضحة محققة ، وكانت هناك ضرورة عاجلة » .

يتضح من هذا أن الأسباب السابقة لم ترد على سبيل التحديد والحصر ، وأن الأمر يتعلق باساءات يرتكبها أحد الزوجين فى حق الآخر ، وهى بهذا تصلح أن تكون سببا للانفصال ، حتى ولم يكن هناك تعمد من جانبه كالجنون مثلا ، لأن الهدف هو حماية الطرف البرىء . فلا يلزم أن يكون هناك خطأ faute حتما ، خلافا لحالة الزنا .

كما يتضح كذلك من نص المادة ١٢٠ من الإرادة الرسولية سالف الذكر ، أنه لابد من أن يلجأ الطرف الآخر الذى لم ينشأ سبب الانفصال من جانبه إلى الجهة المختصة لتحكم بالانفصال . ومع ذلك فان له أن ينفصل بمحض إرادته ومن تلقاء نفسه فى حالتين أوردهما النص وهما حالة ما إذا كان سبب الانفصال محققا certain ، أو فى حالة الاستعجال urgence .

= مسوغات الهجر هى تراضى الطرفين ...» . وانظر كذلك المادة ٣٤ لفيليب جلاد وهى تعرض لما يسمى بالهجر الاختيارى ، فتنص على أنه « يسوغ لكلا الزوجين ترك حقهما بالنظر إلى المضجع تركا مؤقتا أو مؤبداً ، بشرط أمن خطر إفساد العفة ، كما أنه يسوغ لهما الافتراق وعدم الاقامة معا ، مؤقتا كان أو مؤبدا » . ومن الأسباب التى أدخلها القضاء فى الاعتبار كذلك عجز الزوج عن النفقة ، إذ يخول للزوجة أن تطلب الانفصال الجثمانى (استئناف الاسكندرية فى ٢١-٥-١٩٥٨ المجموعة الرسمية س ٥٨ عدد ٣ و ٤ رقم ٤٤) وقد جاء فى هذا الحكم : « النفقة على الزوجة تلزم الزوج . والتقصير والعجز عن النفقة يكون إخلالا بواجبات الزوج . وأسباب التفريق الجسمانى فى الشريعة الكاثوليكية واردة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر . فمتى كان هناك إخلال من جانب الزوج بواجبه الأول وهو النفقة ، فانه يكون من حق الزوجة أن تطلب الانفصال الجثمانى حسب شريعة الكاثوليك » .

إلا أنه يبدو أن هذا لا يسمح به إلا بصفة مؤقتة ، بمعنى أنه يتعين على الزوج أن يأخذ موافقة الرئيس الديني (القضاء الآن) الذي يقرر مدة الانفصال [١] .

ولهذا نرى أنه لا يجب الانفصال إلا بحكم قضائي عدا هاتين الحالتين الاستثنائيتين الواردتين في المادة ١٢٠ من الارادة الرسولية وهما حالة ما إذا سبب الانفصال محققا وحاله الاستعجال فقط . بل إنه حتى في هاتين الحالتين ، لا يكون الانفصال إلا مؤقتا كما يقول فقهاء القانون الكنسي، ويتعين الالتجاء إلى الجهة المختصة بالنظر في الانفصال لتحديد مدته . ويبدو أن فقهاء القانون الكنسي لا يؤيدون فكرة الانفصال بمحض الإرادة ، بل يرون من الأفضل عملا ، حتى في حالة ما إذا كان السبب واضحا كالزنا ، أن يلجأ إلى الجهة المختصة للحصول على حكمها بالانفصال . وهم يقولون إنه إذا كان يمكن للزوج أن ينفصل عن زوجه، ليس فقط في حالة وجود خطر في البقاء ، حيث يكون الانفصال المؤقت مشروعا ، بل وأيضا في حالة الزنا المحقق الواضح ، خاصة أن حكم القاضي هنا ليس ضروريا لتحقق الزنا ووضوحه ، فانه فيما عدا ذلك ، لا يكون لأي من الزوجين أن ينفصل بارادته الخاصة . ويترتب على ذلك أنه إذا كان الزنا مشكوكا فيه أو مستتراً ، أو إذا ما أثير سبب كنسي آخر ، يتعين الإلتجاء إلى السلطة المختصة لتقرر ما إذا كان هناك محل للالتجاء إلى الانفصال . ومع ذلك فانهم يقررون أنه من الناحية العملية يكون من الأفضل ألا يلجأ إلى الانفصال النهائي إلا بانتظار قرار الجهة المختصة ، حتى ولو في حالة الزنا المحقق الواضح [٢] هذا هو ما قال به فقهاء القانون الكنسي والواقع أن استلزام صدور حكم من

---

(١) انظر القانون الكنسي باشراف R. Naz ، السابق ص ٤٠٥ .

(٢) انظر تفصيلا لذلك والآراء المختلفة حول هذا الموضوع في : De Smet ، السابق ص =

القضاء بالانفصال إنما يقوم على أساس أنه يلزم التحقق من السبب الذى يقــوم عليه الانفصال[1].

وبالإضافة إلى ما سبق ، فانهم يرون أن الانفصال بالاتفاق المتبــادل لا يكفى وحده ، بل يتعين الالتجاء إلى القضــاء كذلك ، ما لم يكن ذلك خاصاً باختيار حياة أفضل عن طريق الترهبن[2].

= ٢٢٠-٢٢١ وانظر كذلك : فيليب جلاد ، السابق ، فتوى رقم ٢٦ ص ٣٥٩ جـ ٥ . وقد ورد فى هذه الفتوى : أيقدر الزوج الواحد أن يهجر زوجته عند وجـود سبب موجب بدون الاحتياج إلى قضاء القاضى ؟ والرد على ذلك : « بالايجاب !! وذلك بالنظر إلى هجر المضجع ، لوجود السبب الموجب ، خصوصا إذا كان السبب هو الزنى ، فيجوز إعدام الخائن حقوق الزواج كما أنه يجوز أيضا أن يفترق عن الزوج الخائن بدون حكم القاضى متى كان السبب الزنى المشتهر (أما غير المشتهر ، فالأرجح عدم جواز الهجر بالسكن) » . ويستلزم القانون الفرنسى أن يكون الانفصال الجسمانى بحكم قضائى . فلا يتم بالاتفاق المتبادل بين الطرفين (مادة ٣٠٧ مدنى) كما أنه فى حالة ما إذا كان هناك مجال لطلب الطلاق يكون للزوجين أن يطلبا التفريق الجسمانى (مادة ٣٠٦ ، قانون ٢٦ يوليو ١٨٨٤) .

(١) انظر ما سبق ص ٨٠٩ هامش ٢ : وقد حكم بأن إجراءات دعاوى الطلاق هى بذاتها الاجراءات التى تتبع فى التفريق الجسمانى (استئناف الاسكندرية فى ٢٧-١٢-١٩٥٦ رقم ٤٨ س ١٢ ق صالح حنفى ٢ رقم ٥٩٩ ص ٤٥٨ رقم ٧ .

(٢) انظر القانون الكنسى باشراف R. Naz ، السابق ص ٤٠٥ وانظر ما أشرنا إليه من قبل من حيث اعتبار التراضى من مسوغات الهجر هامش ٤ ص ١٠٠١ وحكم الاسكندرية المشار إليه .

الفرع الثانى

آثار الانفصال الجسمانى

٢٠١ ـ **تحديد هذه الآثار** : يترتب على الانفصال آثار بالنسبة للزوجين كما تترتب عليه آثار من الناحية المالية وبالنسبة للأولاد .

أولا : فيما بين الزوجين : يترتب على الانفصال توقف الحياة المشتركة للزوجين من حيث المساكنة والعيش معا ، كما تتوقف تبعا لذلك جميع الإلتزامات المترتبة على ذلك ، ويسقط واجب الرعاية والمعونة الأدبية بينهما . وبهذا تستطيع الزوجة أن تحدد مسكنها وموطنها حيثما تريد بعيدا عن منزل الزوجية مع مراعاة التزامها بالإخلاص[1] ؛ ومع مراعاة حق الزوج فى الإشراف على أولاده متى كانت لها حضانتهم ، بحيث يتيسر له مباشرة حقه بسهولة .

وإذا كان يترتب على الانفصال توقف الحياة المشتركة وما يتبعه على هذا النحو ، فانه ينبغى أن يراعى أن الرابطة الزوجية تظل قائمة ، ويترتب على ذلك عدم إمكان أى من الزوجين عقد زواج جديد ، طالما بقى زوجه على قيد الحياة . ويستتبع ذلك بقاء واجب الإخلاص بين الزوجين ، ولهذا يكون لأى منهما أن يحرك دعوى الزنا إذا ما ارتكب الآخر هذه الجريمة[2] . وفضلا عن ذلك يظل واجب المساعدة المادية بين الطرفين قائما ، كما سنبين ذلك فيما يلى :

---

(١) فلا يكون لها مثلا أن تحدد مسكنها مع شريكها فى الزنا متى كان الانفصال بسبب الزنا .

(٢) وتظل قرينة الولد للفراش قائمة ؛ ومع ذلك فانه يمكن إنكار الطفل الذى يولد بعد ٣٠٠ يوم ، أو حتى قبل ذلك (انظر فى هذا : أبرى ورو ، السابق ص ٣٠٨) .

هذا ويثار الكلام عن أثر الانفصال بين الزوجين بالنسبة للاسم ، وخاصة فى البلاد التى تحمل فيها الزوجة اسم زوجها أو يلحق الزوج اسم زوجته باسمه . وفى فرنسا يترتب على الانفصال بين الزوجين أنه يحق للزوج الذى صدر الانفصال لصالحه أن يطلب منع المرأة من حمل اسمه ، أو التصريح لها بعدم حمله إذا كانت تحمله من قبل . لكن لما كان الزواج قائما فانه ينبغى أن يكون لهذا المنع ما يبرره من ناحية سلوك المرأة الذى يعرض بكرامة الاسم ومنزلته . ومن ناحية أخرى ، إذا ما ألحق الزوج اسم زوجته باسمه ، كان لها الحق فى أن تطلب منعه من حمله [١] .

ثانيا : الآثار المالية: يثير الانفصال الجسمانى مسألة الآثار المالية بين الزوجين ، من ناحية الميراث ومن ناحية الآثار المالية الأخرى .

أما بالنسبة للميراث ، فان الوضع هنا يختلف عن حالة الطلاق ؛ ذلك أنه إذا كان الطلاق ينهى الرابطة بين الزوجين ، ولا يكون لأى منهما أن يدعى ميراث الآخر عند وفاته ، فان الأمر فى حالة الانفصال يختلف عن ذلك لبقاء الرابطة الزوجية . ولم تتعرض الإرادة الرسولية لهذا الموضوع ، كما لم تتعرض له القواعد الخاصة بالانجيليين ، ولهذا يمكن القول بأنه طالما بقيت الرابطة الزوجية ، كان لكل منهما أن يرث الآخر ، لأن وصف الزوجية لازال لصيقا به [٢] .

---

(١) انظر : أوبرى ورو ، السابق ص ٣١٠-٣١١ - وانظر المادة ٣١١ مدنى فرنسى معدلة بقانون فى ١٨ فبراير ١٩٣٨ .

(٢) انظر أحمد سلامة ، ط ٢ رقم ٣٨٧ ص ٨٥٦ . ومع ذلك فان القانون الفرنسى يقرر فى هذا الصدد أن الحق فى الميراث يبقى لصالح من حصل على حكم التفريق ويزول بالنسبة لمن صدر الحكم ضده ، بحيث يكون الحكم قد صار نهائيا ، كما يزول أيضا بالنسبة للطرفين =

وبالنسبة للآثار المالية الأخرى يثار الكلام عن الالتزام بالمساعدة المادية . وفى صدد هذه الحالة لم تضع الإرادة الرسولية أحكاما خاصة بها . وإنما نصت المادة ١٥ من القواعد الخاصة بالانجيليين على أنه إذا كان الزوج سبب المفارقة ، وجبت عليه النفقة لامرأته وأولاده الذين فى رضاعتها أو حضانتها . وتكون النفقة إما باتفاق الزوجين أو بتقدير السلطة المختصة . أما إذا كانت الزوجة سبب المفارقة ، فلا تلزمه النفقة عليها ، إلا إذا كان له أولاد فى رضاعتها

وتنص القواعد الخاصة بالإنجيليين كذلك على حكم المهر والجهاز ، فتقرر أنه إذا كانت علة المفارقة فى الزوجة فلها متاعها (فقط) المزودة به من بيت أبيها خاصة ، وإلا فلها متاعها ومهرها (مادة ١٦) .

هذا ويراعى أنه يجوز الحكم بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية التى تحدث للطرف البرىء . وتطبق القواعد العامة فى هذا الصدد [1] .

ثالثا : بالنسبة للاولاد : يمكن فى هذا الصدد تطبيق الأحكام الخاصة

= متى كان التفريق بخطئهما . وإذا مات أحد الزوجين قبل أن يصير الحكم بالتفريق نهائيا ، يظل الحق فى الميراث قائما . (مادة ٧٦٧ مدنى فرنسى معدلة) . ويضيف القانون الفرنسى إلى ذلك أنه ليس لزوجات الموظفين والعسكريين الحق فى المعاش متى كان حكم الانفصال فى غير صالحهن . (انظر القانون فى ١٤ ابريل ١٩٢٤ مادة ٦ . وأوبرى ورو ص ٣١٣ وكذلك ص ٣١٤) .

(١) ويقضى القانون الفرنسى بأنه فضلا عما يمكن أن يقضى به على الزوج الذى صدر ضده حكم الانفصال الجسمانى ، يجوز للقضاة أن يحكموا للزوج الذى صدر الحكم لصالحه بالتعويض عن الاضرار المادية أو الادبية التى سببها له الانفصال (المادة ٣١١ مدنى فرنسى معدله بقانون فى ٢٩ مايو ١٩٤٨). والتعويض فى هذه الحالة يقوم على أساس القواعد العامة ويكون عن الأضرار التى تترتب لمن صدر الحكم لصالحه من جراء وقف الحياة الزوجية أو من الافعال التى بررت الانفصال . والتعويض فى هذه الحالة يمكن أن يحكم به دفعة واحدة أو فى صورة نفقة . (أوبرى ورو ، السابق ص ٣١٠) .

بالحضانة عند التطليق ، على ما بينا من قبل ، فيربى الأولاد بصفة عامة لدى الزوج البرىء الذى صدر الحكم لصالحه . ولما كانت تربية الأولاد تربية كاثوليكية من الأمور الهامة ، فقد نصت الارادة الرسولية (مادة ١٢١) على أنه « عند الافتراق يجب أن يربى الأولاد لدى الزوج البرىء . وإذا كان أحد الزوجين غير كاثوليكى، فلدى الزوج الكاثوليكى، ما لم يأمر الرئيس الكنسى بخلاف ذلك فى كلتا الحالتين لخير البنين أنفسهم ، على أن تضمن تربيتهم الكاثوليكية » [(١)].

فتعليم الأولاد وتربيتهم تعد من الأمور الهامة التى حرصت الارادة الرسولية كما حرصت الكنيسة دائما ، على ضمانها ومراعاتها . ولهذا فانه حتى بالنسبة للحالة التى يكون فيها للزوج الحق الطبيعى فى حضانة الأولاد وحفظهم عند الانفصال المشروع ، يفقد ذلك الحق من كان غير كاثوليكى ، هذا مالم يكن الطرف الكاثوليكى غير أهل لضمان تعليمه ، أو كان يعيش فى ظروف من شأنها التعريض به . وفى هذه الحالة يقرر الرئيس الدينى ماهى الحدود التى يمكن لغير الكاثوليكى أن يضمن فيها تعليم الأولاد تعليما كاثوليكيا ، وعليه أن يحاول وضعهم داخل إحدى المؤسسات الدينية أطول وقت ممكن [(٢)].

---

(١) وتقضى المادة ٤١ من القواعد التى وضعها الأقباط الكاثوليك بأنه « فى حالة الحكم بالتفريق بين الزوجين يعين المجلس الشخص الذى يسلم إليه الأولاد » .

(٢) القانون الكنسى ، باشراف R. Naz ، السابق فقرة ٤٥٩ ص ٤٠٦ .

الفرع الثالث

انقضاء حالة الانفصال الجسمانى

٢٠٢ – الأسباب التى تنقضى بها حالة الانفصال — التفرقة بين الانفصال بسبب الزنا والأسباب الأخرى : لا جدال فى أن الانفصال الجسدى ينقضى بموت أحد الزوجين ، كما ينقضى بالتطليق متى توافر سببه لدى الطوائف التى تجمع بين نظامى الانفصال الجسمانى والتطليق .

وينقضى الانفصال الجسمانى بالتوفيق بين الطرفين. ويكفى فى هذا الصدد إسدال الستار على ما مضى والعودة إلى الحياة المشتركة . ويمكن أن يتم التوفيق بين الطرفين أيا كان سبب الانفصال ويعود الزوجان إلى الحياة المشتركة ، متى تراضيا على ذلك بصورة صريحة . وهذا يعنى صفح الطرف البرىء عن المخطىء[١] . ومع ذلك فانه إذا كان من صدر الانفصال بسببه قد دخل الرهبانية برضا الآخر البرىء رضاء صريحا أوضمنيا، فانه لا يكون للطرف البرىء استدعاؤه للعودة إلى الحياة المشتركة . ذلك أن موافقة البرىء على ترهبن الطرف المذنب تنطوى على التنازل عن حقه فى العودة إليه واستدعائه للحياة المشتركة[٢].

هذا ويفرق بين الانفضال بسبب الزنا والانفصال بسبب آخر غير الزنا.

الانفصال بسبب الزنا : الانفصال بسبب الزنا انفصال دائم (perpetuelle)،

---

(١) وقد رأينا ما تنص عليه المادة ٢/١١٨ من الارادة الرسولية من أن الصفح يكون بعد تحقق البرىء من زنا الآخر ، ويرضى مع ذلك بمعاشرته بكل حريته .

(٢) انظر القانون الكنسى باشراف R. Naz ، السابق فقرة ٤٥٦ س ٤٠٤-٤٠٥

إذ يفقد الزوج المخطىء حقه فى الحياة الزوجية المشتركة إلى الأبد [١]. وهذا على خلاف الطرف البرىء الذى يكون من حقه أن يستدعى الآخر لاستئناف الحياة الزوجية . وإذا كان هذا حقاً له ، فانه لا يمكن أن يرغم على إعادة الحياة الزوجية مع المذنب حتى ولو تاب [٢].

وتنص المادة ١١٩ من لارادة الرسولية على أنه « لا يلزم الزوج البرىء أبدا أن يرجع ويقبل زوجة الثانى فى مشاركة المعيشة الزوجية ـ سواء كان هجره لزوجه بحكم القاضى أو من تلقاء نفسه وفقا للشرع légitimement . ومع ذلك فانه يستطيع أن يقبله أو أن يستدعيه ، ما لم يكن الزوج المجرم قد انتحل حالة منافية للزواج برضا الزوج البرىء » ، كما إذا دخل الزوج المجرم فى الرهبانية .

---

(١) وقد كانت بعض المراسيم تقضى بسقوط العقوبة إذا ارتكب الزوج الآخر الزنا بعد الحكم بالانفصال . وكان يجب عليه أن يعود إلى الحياة الزوجية . ولكن قابلية هذا الالتزام للتحقيق كانت ضئيلة فى العمل ، فاختفى بالتدريج. (المرجع المشار إليه فى الهامش السابق ٤٠٤ هامش ٤) . وقد أورد فيليب جلاد أنه لكى يقضى بالانفصال يشترط ألا يكون الزوج الآخر مرتكبا الزنا بدوره (انظر المادة ٣٦) . وجاء فى الفتوى ٢٥ ص ٣٥٩ من الجزء الخامس من قاموس الادارة ، السابق ، أنه إذا حكم القاضى بالتفريق لعلة زنى أحد الزوجين ثم بعد زنى الآخر ، هل يلزم الثانى الرجوع إلى الأول إجابة لطلبه ؟ ويجيب على ذلك بقوله: « بالانكار » على الأكثر احتمالا ، وذلك لسقوط حق الزانى الأول بحكم القاضى ، بحيث لم يبق للأول على الثانى حق مطلقا .

(٢) انظر أيضا De Smet ، المرجع السابق ص ٢١٩-٢٢٠ . ويقول المؤلف فى هذا الصدد إنه إذا لم يكن البرىء ملزما بالعودة إلى الحياة مع المذنب ، فان له من باب الامتنان والإحسان أن يقبل العودة إلى الحياة الزوجية إذا تغيرت حالة المذنب وشعوره ، ونظراً لمصلحة الأولاد حتى لا يؤدى بهم إلى البؤس ولكى يجنبهم العار . بل إن من الأفضل أحيانا تجنب الآثار السيئة التى تترتب ، سواء بالنسبة للزوجين أو للأولاد أو للأسرتين المتصاهرتين .

الأسباب الاخرى غير الزنا: أما الأسباب الأخرى – غير الزنا – فهى بطبيعتها مؤقتة temporaires . ويترتب على ذلك أنها إذا ما توقفت كان الأصل أن تعود الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه ؛ ما لم تطرأ ظروف من شأنها جعل الانفصال دائما ، كما إذا دخل أحد الزوجين نهائيا فى الرهبانية .

وتنص المادة ١٢٠ فى الفقرة ٢ من الارادة الرسولية على أنه « فى جميع الحالات المشار اليها فى الفقرة الأولى ١ (وهى أسباب الانفصال لغير الزنا) تجب العودة إلى الحياة المشتركة عند زوال السبب الذى من أجله حصلت الفرقة ، ولكن إذا كان الرئيس الكنسى قد حكم بالانفصال لمدة محددة ، فان هذا لا يقيد الزوج ، ما لم يكن هناك قرار décret من الرئيس الكنسى أو بعد انتهاء المدة المحددة » .

ذلك أنه إذا ما عاد الشخص الذى انتمى إلى بدعة غير كاثوليكية مثلا ، إلى الكنيسة الكاثوليكية ، فانه يتعين أن يعود إليه الزوج الذى انفصل عنه ، ما لم يكن قد ترهبن خلال مدة خروج زوجه عن الكاثوليكية . وينبغى أن يراعى أنه إذ ما طلب الانفصال لغير الزنا ، فلا يقضى به إلا إذا ظل سببه قائما . فاذا كان سبب الانفصال قد زال عند نظر الدعوى لا يجاب طالبه إلى طلبه. وإذا ما تحددت مدة للانفصال وانتهت ، تجب العودة إلى الحياة الزوجية[1] .

---

(١) انظر كذلك القانون الكنسى باشراف R. Naz ، السابق فقرة ٤٠٨ ص ٤٠٦ .

هذا وتقضى المادة ٢/١٢٠ من الارادة الرسولية كذلك بأن الزوج الذى تركه زوجه بطريقة آثمة يمكنه أن يحصل من الرئيس الكنسى المحلى على قرار بالانفصال لمدة محددة أو غير محددة طبقا لما جاءت به الفقرة الأولى ٢ من المادة نفسها .

المبحث الثالث

انحلال الزواج حال حياة الزوجين فى الشريعة اليهودية

٢٠٢ مكرر — تمهيد — تقسيم : رأينا أن الشريعة المسيحيـــة لا تبيح انحلال الرابطة الزوجية حال حياة الزوجين إلا فى حالات محددة لدى بعض الطوائف ، وأنها لا تبيح انحلالها إطلاقا لدى البعض الآخر . أما الشريعة اليهودية فانها على النقيض من ذلك، تبيح انحلال الرابطة الزوجية حال حياة الزوجين دون حصر أو تحديد فى ذلك طالما توافر المسوغ ؛ إذ تجعل للرجل أن يطلق بإرادته ، كما تجعل للمرأة فى بعض الأحيان طلب التطليق ، بل إن هناك من الحالات ما يجب فيها الطلاق رعاية لحق الشرع . وقد عالج القراءون والربانيون انحلال الزواج بالطلاق فى الصور السابقة . وتقترب الحلول التى أوردها الفريقان فى كثير من الحالات بالنسبة لأحكام الطلاق بصفة عامة ، وبالنسبة للآثار التى تترتب عليه .

وسندرس فيما يلى الأحكام المتعلقة بالطلاق . وإذا ما فرغنا من ذلك نعرض بالدراسة للآثار التى تترتب على انقضاء الرابطة الزوجية فى هذه الشريعة .

المطلب الأول

أحكام الطلاق

٢٠٢ مكرر (١) — الطلاق والتطليق — تقسيم الدراسة : رأينـــا أن المقصود بالطلاق هو انفراد الرجل بإيقاعه بإرادته ، وأن التطليق هو إتمام إنهاء الرابطة الزوجية على يد القضاء ، كما رأينا أن الشريعة المسيحية لا تعرف

الطلاق بالإرادة المنفردة ، وأنه لابد من إتمامه على يد القضاء . وتختلف الشريعة اليهودية فى هذا الصدد ، إذ إنها تخول للرجل الحق فى الطلاق بالإرادة المنفردة ، بوثيقة يدفعها الرجل إلى المرأه أمام السلطات الشرعية . ولكن دور السلطة الشرعية هنا ، يختلف عنه بالنسبة للشريعة المسيحية ، كما يختلف النظر إلى دور هذه السلطة لدى كل من الربانيين والقرائين . وإذا كان من المسلم به أن الطلاق يتم بالإرادة المنفردة أمام السلطة الشرعية على هذا النحو ، فإن الأمر يثار بالنسبة لانهاء الزواج من القضاء نفسه عن طريق التطليق . فهل يملك القضاء ذلك ؟

تقضى الأحكام الخاصة بالربانيين فى هذا الصدد بأنه لا يجوز أبداً طلاق المرأة من زوجها إلا بأمره ، مهما كان الباعث للطلاق أو التفريق ، وأن كل تفريق قضائى بلا قبول الزوج وبلا رضاه أو إذنه باطل ، وأن المرأة تظل فى عصمته[1] . وحتى فى الحالات التى يكون فيها للمرأة الحق فى أن تطلب الطلاق إلى القضاء ، يجب أن يكون الطلاق بأمر الزوج ؛ بل إنه يجب أن يكون الطلاق بأمر الزوج كذلك ، ولو تعلق طلاق المرأة من زوجها بحق الشرع . ولهذا نجد أنهم ينصون على تكليف الرجل بأن يطلق امرأته حتى يصدر الطلاق عنه[2] .

وقد جاء فى شعار الخضر للقرائين ما يؤيد هذا حيث قيل : « وإذا أبى (الزوج) الطلاق ، فبعضهم أفتى بقيام الشرع مقامه فيه ، وتطليق المرأة منه ولو

---

(١) مراد فرج : القراءون والربانون ، المرجع السابق ص ١٦٩ وانظر كذلك ص ١٣٥ .

(٢) من ذلك مثلا ما نصت عليه المواد ١٩٠ و ٣٤٧ و ٣٤٨ من ابن شمعون من تكليف الرجل بطلاق امرأته .

بدون وثيقــة ، والبعض يرى كونه يجبر شرعا أو سياسة حتى يطلق بالوثيقــة وهو الأوفق ، لقوله « فيكتب لها وثيقة الطلاق ويسلمها ليدها » . ولا غضاضة فى كونه يجبر ، فقد يتزوج الغاصب بمغصوبته مرغما لقوله « وتكون لهزوجة »، فـكما قد يعقد مرغما يطلق مرغما . هذا ما جاء فى شعار الخضر ، ومنه نتبين أنه يفضل إجبار الرجل على الطلاق ، وهو ما يتفق مع مذهب الربانيين . ولـكن بعض القرائين لا يوافق على هذا ، ويرى أن الطلاق الذى يحصل بالوثيقة من الرجل ، إنما يكون فى الحالة التى لا تروق فيها فى نظره بسبب توافر المسوغ . أما فى حالة ما إذا طلبت المرأة الطلاق ، ويأبى الرجل ، فان الأمر يترك لأهل الشرع يطلقونها منه ، إذا بقى على عصيانه ؛ إذ لا يلزم أن يكون الطلاق دائما وأبدا بالوثيقة من الرجل ويقول أنصار هذا المذهب من القرائين فى الوقت الحالى إن الطلاق إذا كان حقا للرجل ، فهوحق للمرأة ، بل وحق للشرع أيضا . وفى هاتين الحالتين الأخيرتين يكلف الرجل بالطلاق شرعا . فاذا أعيـاهم أمره ، قام الشرع مقامه ؛ فينذرون الرجل ويمهلونه ؛ فاذا بقى على امتناعه، فرق القضاء شرعا بينه وبينها[1] .

وينتقد القراءون فى الوقت الحاضر موقف الربانيين من حيث اسـتلزامهم تكليف الرجل بإيقاع الطلاق فى جميع الحالات . ذلك أن الطلاق ، كما هوحق

---

(١) انظر شعار الخضر ص ١٢٨-١٢٩ والتعليق الوارد بهامش ٢ ص ١٢٨ . وانظر كذلك : مراد فرج : القراءون والربانون ، السابق ص ١٣٤-١٣٥ .

للرجل ، فانه يكون حقا للمرأة[١] ، وحقا للشرع نفسه[٢]. وإذا كان الكتاب لم يتكلم صراحة عن هذين الحقين ، كما تكلم عن حق الرجل ، فليس معنى ذلك أن لاحق فى الطلاق إلا للرجل ، وأنه ليس للمرأة أو الشرع طلبه ، وأن كل تفريق قضائى باطل ، وإلا كان لا معنى لذلك الحق الذى للمرأة والشرع ، وهو بلا نزاع غير منكور ، ولا يمكن تصور الحق مجردا ، أى بغير أن يكون له قوة لإنفاذه . وينتهى أنصار هذا الرأى من القرائين إلى أنه إذا ما امتنع الرجل عن الطلاق فى هذه الحالة قام الشرع مقامه بالتفريق ، ولا توجد بذلك أية مخالفة للدين أو العقل أو العدل[٣].

وإذا كان الفقه عندنا يقر هذا الاتجاه الذى يأخذ به القراءون فى الوقت الحاضر ، فانه قد انقسم إزاء موقف الربانيين الذين يستلزمون أن يصدر الطلاق عن الرجل فى جميع الحالات . ويذهب الرأى الأول[٤] إلى أن المحاكم تحل فى الوقت الحاضر محل الرجل الربانى باصدار حكمها بالتطليق ، إذا امتنع بعد تكليفه من المحكمة بإيقاع الطلاق . ذلك أن الالتجاء إلى الوسائل غير المباشرة — مثل الحكم بنفقة على الزوج رغم افتراق زوجته عنه — قد لا يجدى

---

(١) فللمرأة طلب الطلاق ، كما فى حالة ما إذا كان الرجل مجبوباً أو مرضوض الخصيتين، أو عنيناً ، أو عقيم الماء ، أو خبيث ريح الأنف أو الفم ، أو فاسد الأخلاق شريراً أو يطردها ، أو يتركها بلا نفقة ، أو كان يحترف بما لا يطاق أو ما يليق من الحرف (مراد فرج : القراءون والربانون ، السابق ص ١٦٩) .

(٢) وذلك كالعقد على المحرم والرجوع إلى المطلقة بعد زواج الغير بها وارتكاب المرأة الفحشاء (المرجع المشار إليه بالهامش السابق ص ١٧٠) .

(٣) انظر فى تأييد ذلك : مراد فرج ، المرجع السابق ص ١٧٠-١٧١ . وانظر كذلك : شعار الخضر ، السابق ص ١٢٨ .

(٤) جميل الشرقاوى ، السابق (٥٩/١٩٦٠) ص ٣٩٣-٣٩٤ .

فى جبره على الطلاق بعد تكليفه به ، إنما يعتبر جزاءات دينية[1] لا تملك المحاكم المدنية توقيعها ، مما قد يؤدى إلى تعطيل أحكام شريعة الربانيين . أما الرأى الآخر[2] فانه ـ على الرغم من تأييده لمنطق الرأى الأول من الناحية العملية ـ يرى تأييد وجهة نظر الربانيين ، وبالتالى لا يجعل للقاضى أن يطلق رغم إرادة الزوج ، وإن كان له أن يكرهه بالوسائل المختلفة ، مثل إلزامه بالنفقة للزوجة رغم مفارقتها ، أو حرمانه من رعاية الأولاد ... حتى يفئ ويطلق .

ويبدو مما عرض على القضاء ، أن المحاكم لم تتعرض مباشرة لهذا الموضوع مما لا يمكن القطع معه باتجاهه إلى هذا الرأى أو ذاك[3] .

---

(١) من هذه الجزاءات ما نصت عليه المادة ٣٤٨ من ابن شمعون من أنه « يكلف الرجل المتزوج بمحرمة أن يطلقها . فاذا توقف ، جاز للشرع عزله وحرمانه من الشعائر والحقوق الملية حتى يطلق » .

(٢) أحمد سلامة ، السابق ط ٢ فقرة ٤٠٧ ص ٨٧٩-٨٨٠ .

(٣) انظر حكم استئناف القاهرة فى ٢٠-٤-١٩٥٦ رقم ١٤ س ٧٣ ق (خفاجى ورابح ص ١١٢) . ويبدو من هذا الحكم أن الزوجة طلبت التطليق استناداً إلى المادتين ٢١٦-٢١٧ من ابن شمعون . وتقضى المادة ٢١٦ أنه إذا اعتاد الرجل « ضرب زوجته ... جاز إجابة طلبها الطلاق » . وتقضى المادة ٢١٧ بأن « ضرب الزوجة محرم شرعا ، وإذا اعتاد الرجل وبخه الشرع وحلفه ألا يعود ، فان حنث وعاد أمر بالطلاق ودفع الحقوق » . وقد أوردت المحكمة هذين النصين ، وأضافت أنه « ولما كان لم يثبت فى النزاع الراهن أن الزوج قد اعتاد ضرب زوجته ، فلا يقضى بالتطليق » . ومفهوم هذه العبارة أنه لو ثبت أن الزوج قد اعتاد ضرب زوجته لأجابتها المحكمة إلى طلبها . إلا أنه لا يتضح ما إذا كانت المحكمة ترى إعمال الحكم الوارد فى المادة ٢١٧ من أمر الزوج بالطلاق مع دفع الحقوق ، أم أنها كانت تكتفى بالتطليق . (انظر مع ذلك : أحمد سلامة ، السابق ط ٢ ص ٨٨٠ ، وهو يستند إلى عبارة المادة ٢١٧ الواردة فى الحكم المذكور باعتبار أن المحكمة قد حكمت بأمر الزوج بالطلاق ودفع الحقوق ، مع أن هذا لا يبدو من عبارة الحكم . بل إن ما قضت به المحكمة ، بعد إيراد النصين السابقين هو عدم إجابة الزوجة إلى طلبها التطليق لعدم توافر المسوغ .

على أنه إذا كان يبدو أن الربانيين يتمسكون بهذا الحل ، ويوجبون إلزام الرجل بالطلاق[١] ، فانهم يتمسكون به مع شدة كراهيتهم له[٢]. وإذا كان ما ورد فى شعار الخضر يرجح كون الرجل « يجبر شرعا وسياسة حتى يطلق بالوثيقة » ، وهو فى هذا يتفق مع ما يقول به الربانيون ، إلا أن القـرائين فى الوقت الحاضر لا يأخذون بهذا[٣]. فاستلزام حصول الطلاق بالوثيقة محله ـ كما قيل ـ أن يكون تصرفا من الرجل عندما لا تروق المرأة فى نظره بسبب ما يكون هناك من المسوغات . أما كون المرأة تطلب الطلاق وهو يأبى ، فإن الأمر مختلف، إذ يترك الأمر لأهل الشرع يطلقونها منه إذا بقى على عصيانه . ذلك أن الطلاق لا يلزم أن يكون دائما وأبداً بالوثيقة من الرجل ، ما لم يكن هو الطالب أو راغبا فيه ، وأما وهو مكلف به شرعا ، فظاهر أنه مارق، ويتولى الشرع العدالة وينصف المرأة فيطلقها أو يفرقها منه ، بعد أن ينذره بذلك إذا لم يمتثل ، ولا ضرورة للإجبار[٤] .

وهذا الاتجاه الذى يتجه اليه القراءون فى الوقت الحـاضر هو ما ينبغى ترجيحه . ففى الحالة التى يكون للمرأة فيها طلب الطلاق ، أو يكون الطلاق لحق الشرع ينبغى أن يكلف الرجـل به ، متى تحقق سببه ، فان أبى ، قام الشرع

---

(١) حتى ولو اقتضى الأمر ضربه حتى يطلق (انظر مراد فرج : القراءون والربانون ، ص ١٧٠ و ١٧١) .

(٢) مراد فرج ، السابق ص ١٣٥ .

(٣) انظر شعار الخضر ص ١٢٨-١٢٩ بالمتن ، ثم ما جاء فى هامش ٢ ص ١٢٨ .

(٤) هذا ما يؤيده الأستاذ مراد فرج من القرائين : انظر شعار الخضر هامش ٢ ص ١٢٨ و ١٢٩ . وانظر كذلك : القراءون والربانون ، السابق ص ١٧٠-١٧١ والأسانيد التى يسوقها فى تأييد هذا النظر .

مقامه ، لأنه يعد بذلك مارقا ، فيتولى الشرع العدالة ويطلق أو يفرق بينهما . ولا نرى الأخذ بغير ذلك ، وخاصة إذا امتنع الرجل عن الطلاق رغم توافر المسوغ أو رغم قيام سبب من أسباب التفريق بين الزوجين ، ولم تجد معه وسائل التهديد ، لأنه قد يتعسف فى استعمال حقه فى هذه الحالة . ولا شك أن تقرير الحق للمرأة أو للشرع فى طلب الطلاق أو التفريق بين الزوجين يقتضى ألا نترك الأمر للرجل يستبد به ، وإلا « فما معنى كوننا نقر به للمرأة أو الشرع ، ثم لا نستطيع إنفاذه . أو نطلب انفاذه من الرجل نفسه وهو الخصم ؟ »[1].

وإذا ما أخذنا بهذه الوجهة التى يرجحها القراءون فى الوقت الحاضر ، فان الأمر يصير وحدا لدى كل من الفريقين . إذ يكون للزوجة أن تطلب الطلاق إذا ما وجد لديها المسوغ ، وعلى المحكمة أن تكلف الزوج بطلاقها ودفع الوثيقة إليها . فان أبى ولم تجد معه وسائل التهديد بالنفقة أو بغيرها ، عدمتعسفا وقامت المحكمة مقامه بتطليقها . وهذا ما يعمل به إذا تعلق الأمر بحق الشرع كذلك فى الحالات التى يجب فيها التفريق بين الزوجين . وبهذا يتضح لنا إلى أى مدى يؤخذ بفكرة التطليق لدى كل من القرائين والربانيين . ذلك أنه لا يكفى أن يتوافر سبب التطليق حتى يحكم به ، كما هو الشأن بالنسبة للشريعة

---

(١) مراد فرج : القراءون والربانيون ، السابق ص ١٧٠ . ويقول فى المرجع نفسه (ص ١٧١) « إن قيام الشرع مقام الرجل بالتفريق بينه وبين المرأة عند القرائين إذا امتنع من الطلاق ، لهو واجب لا أثر فيه من مخالفة الدين أو العقل أو العدل بل بالعكس هو مؤيد الدين موافق للحق ، معين للعدل ، ناصر للأدب ، لازم للإنصاف ، يتمنى الربانيون أن لو كان لهم مثله ، ولو أرادوا لفعلوا » .

المسيحية ، ولكن ينبغى أن تقوم المحكمة ، متى توافر السبب، بتكليف الزوج بطلاق زوجته ، ودفع الوثيقة إليها ، فان امتنع ،كان لها أن تطلق عليه زوجته أو تفرق بينهما ، سواء تعلق الأمر بحق المرأة فى طلب الطلاق ، أم بحق الشرع . وهنا يثار التساؤل عن الحالات التى يتم فيها الطلاق بناء على طلب الزوجة ، والحالات التى يتم فيها ذلك رعاية لحق الشرع . ونعرض لذلك بعد أن نعرض للطلاق الذى يتم بإرادة الزوج وهى الصورة العادية للطلاق .

الفرع الأول

الطلاق بارادة الزوج

٢٠٢ مكرر (٢) تمهيد : لكى يقع الطلاق بارادة الزوج يتعين، فى الأصل، أن يكون هناك زواج صحيح[1]. وإنما يلزم إلى جانب ذلك أن تتوافر شروط معينة نصت عليها الشريعة اليهودية . شروط تتعلق بالزوج الذى يقع منه الطلاق وشروط تتعلق بالزوجة التى يقع عليها الطلاق ، ثم شروط أخرى تتعلق بالوثيقة والشهود ، كما تتعلق بضرورة إتمامه أمام السلطة الشرعية فى أوقات معينة ، متى توافر لذلك مسوغ شرعى . ونتكلم فيما يلى عن هذه الشروط ، ثم نعرض بعد ذلك لتطبيقات الطلاق الذى يوقعه الزوج بإرادته ، ثم لأحكام الوكالة فى الطلاق .

(١) نقول فى الأصل ، نظراً لأن هناك حالات يكون فيها الزواج باطلا ، ومع ذلك يلزم الطلاق كما قدمنا . ومن ناحية أخرى ، فان الطلاق قد يقع خارج الزواج بالنسبة للمخطوبة لدى القرائين ، فقد ورد فى شعار الخضر أن « محل الطلاق المخطوبة ، والمتزوجة ، والمشتبه فى حليتها بين الفقهاء » (ص ١٢٤ وانظر فى تأييد كون المخطوبة محل طلاق ص١٢٥) . وفضلا عن هذا فان الطلاق يقع بالنسبة للمقدسة ، ولو لم تتم أركان العقد الأخرى ، كما تنص على ذلك صراحة قواعد الربانيين إذ تنص المادة ٦٠ من ابن شمعون على أنه « يجوز تقديم التقديس وإرجاء الركنين الآخرين ، ولكن الزوجة ترتبط شرعا ، فلا تحل لآخر إلا بالطلاق أو الوفاة » .

أولا : شروط الطلاق

٢٠٢ مكرر (٣) - ١ - بالنسبة للزوج : يتم الطلاق بإرادة الزوج . ولهذا يلزم أن يكون كامل العقل والإدراك . فإذا لم يكن كذلك لا يصح طلاقه . وإذا توافر لديه العقل والادراك ، صح طلاقه ، حتى ولو كان فى مرض الموت طالما أن المرض لم يؤثر على قواه العقلية [1] . ولهذا يكون للرجل الطلاق كذلك ، حتى ولو أضر المرض بالنطق ، إلا أنه لم يؤثر على قواه العقلية ، طالما أمكن فهم إرادة الطلاق بالاشارة [2] . لكن إذا كان المرض خرسا فلا يقبل الطلاق . وإذا كان يبدو أن القرائين لا يقبلون طلاق الأخرس مطلقا ، فان الربانيين ينصون على أنه لا يقبل طلاق الأخرس باشارته إذا كان طارئا [3] . ولا نعتقد أن هذا يعنى حرمان الأخرس من الطلاق مطلقا عند القرائين ، أو من الطلاق بإشارته عند الربانيين . وإذا كان يفهم من نص الربانيين أنه يصح طلاقه بالكتابة ، فانه إذا كان لا يعرف الكتابة ، ألا يستطيع أن يطلق كما هو الشأن بالنسبة للقرائين ؟ رأينا أن زواج الأخرس ينعقد « بواسطة السلطة الشرعية » . ونعتقد أنه يمكن

---

(١) وهذا ما يمكن الأخذ به لدى كل من القرائين والربانيين ، فقد جاء فى شعار الخضر إنه يجب أن لا يكون معطى الوثيقة ... لا مجنوناً ولا صغيراً . وجاء فى المادة ٣٤٠ من ابن شمعون أنه « يشترط عند الطلاق أن يكون الرجل بعقله وصحوه » كما نصت المادة ٣٤١ على أن « المرض لا يمنع من الطلاق ما لم يكن مؤثراً على القوى العقلية ، ولو كان مرض موت » .

(٢) انظر المادة ٣٤٢ من ابن شمعون

(٣) جاء فى شعار الخضر ص١٣٢ أنه « يجب أن لا يكون معطى الوثيقة لا أخرس... » وانظر المادة ٣٤٣ من ابن شمعون .

تطبيق هذا الحكم فى صدد الحالة التى نحن بصددها ، متى بدت رغبة الأخرس فى الطلاق بأية طريقة مفهومة .

٢٠٢ مكرر (٢) - ٢ - بالنسبة للمرأة : لكى يقع الطلاق صحيحا يلزم أن تتوافر شروط معينة بالنسبة للمرأة .

فلا يجوز عند الربانيين طلاق المجنونة قبل شفائها ، وإنما يلزم الرجل بعلاجها والإنفاق عليها ، وله أن يتزوج إذا شاء ، وللسلطة الشرعية أن تجيبه إلى طلبه فى هذه الحالة [1] . كما أن الربانيين يجعلون طلاق المريضة مكروها ممقوتا حتى ولو أزمن مرضها [2] . على أنه إذا كان المرض الطارىء خرسا ، فان حدوث هذه العاهة لا يمنع الطلاق بالنسبة للمرأة [3] . فاذا كان الطلاق للعقم ، فانه يلزم ألا

---

(١) انظر المادة ٣٢٣ وتنص على أنه « لا يجوز طلاق المجنونة قبل شفائها ، وإنما للرجل أن يتزوج عليها بحيث لا يضر هذ بمؤنتها وعلاجها » . وانظر كذلك المادة ١٣٢ .
أما القراءون فانهم يجعلون من الجنون مسوغاً يبيح للرجل أن يطلق زوجته .

(٢) إذ تجعل المادة ١٣١ عندهم « على الزوج أن ينفق على علاج زوجته إذا مرضت ، فاذا أزمن مرضها خيرها بين أخذها حقوقها لتنفق على نفسها وبين الطلاق ، ولكنه تخيير ممقوت » . وواضح من هذا أن الزوج يلتزم بالانفاق على زوجته المريضة ، ولا يكون له أن يخيرها على النحو السابق إلا إذا أزمن المرض .
أما عند القرائين ، فان المرض ، أو بصفة عامة « كل عاهة لا يرجى برؤها ولا يطاق احتمالها » تعتبر مسوغا للطلاق . وكل ما هناك أنه إذا كان المرض ، أو العاهة بصفة عامة ، طارئا بعد الزواج فان المؤجل واجب ، ما لم يكن شيئا من فساد الأخلاق ، فالمؤجل لا يجب ، لأن فساد الاخلاق نقص فى الدين (أنظر شعار الخضر ص ١٢٧-١٢٨) . على أنه يجب ، عند القرائين كذلك ، أن يقوم الرجل بعلاج زوجته إذا مرضت ، حتى تشفى . وإذا أزمن المرض واستوجب كثرة الانفاق فله أن يعطيها ما لها عنده من الحقوق تنفق منها ، ولكنه مكروه (ص ١١٤ شعار الخضر) .

(٣) ولا خلاف فى هذا الحكم بين القرائين والربانيين ، إذ يجعل القراءون من الخرس مسوغا ويأخذ حكم المرض على ما بينا بالهامش السابق ، كما أن الربانيين ينصون أنه « يجوز طلاق الخرساء إذا كان الخرس طارئا » (م ٣٣٢) .

يكون ذلك قبل مضى مدة معينة ، تختلف بحسب ما إذا كانت بكرا أم ثيبا[1] .
ولا يلزم أن تكون المرأة التى يقع عليها الطلاق بالغة ، إذ يجوز طلاق الصغيرة المميزة [2] .

وبالنسبة للأسيرة ، لا يصح للرجل طلاقها من أجل الأسر ، وإنما عليه أن يعمل على إفدائها منه ، وإذا شاء الطلاق أفدى أولا ثم طلق [3] .

على أنه إذا كان الطلاق بيد الرجل ، فهل يلزم قبول المرأة ورضاها بالطلاق ؟

---

(١) وعند الربانيين « ليس للرجل أن يطلق زوجته لعلة العقم إذا لم يمض لها عشر سنين لم ترزق فيها ، وإذا كانت غير بكر فخمسة » (م ١٤١) . وهذا هو الحكم لدى القرائين إذ ورد أن له « أن يطلقها إذا ثبت عقمها ولها حقوقها عدا المؤجل ، إذا كان قد مضى لعقمها عشر سنين لقوله « وكان منذ عشر سنين لمقام ابراهيم بأرض كنعان » ، لا يحسب منها زمن غيابه أو مرضه أو اعتقاله ، وإذا أجهضت فمن وقت الاجهاض . . . » (شعار الخضر ص ١٢٠ . وانظر كذلك ما جاء بهامش ٢ بالنسبة للتعليق على كون المدة عشر سنوات عند القرائين) .

(٢) وهذا مانصت عليه المادة ٣٣١ بالنسبة للربانيين ، وعند القرائين لا تطلق الصغيرة إلا إذا كان والدها موجودا ، لأنه هو الذى يقبل طلاقها . ذلك أن الصغيرة عندهم تظل فى ولاية والدها ، يجدد زواجها كما يقبل طلاقها . وإذا مات الأب ، فلا تطلق حتى تبلغ ، لما ورد من أن الطلاق يكون بتسليم وثيقته إليها ، فوجب أن تكون مميزة . ولذا فأبوها يقبل الطلاق عنها قياسا على ماله من ولاية تزويجها . . . فان لم يكن لها أب ، انتظر حتى تبلغ ، ضرورة كونها قاصرا لا قبول لها (شعار الخضر ، ص ٧١ و٧٢) .

(٣) وهذا الحكم سواء عند الربانيين والقرائين مع خلاف يسير ، اذ تقضى المادة ١٣٣ من ابن شمعون بأن « على الرجل أن يعمل وينفق لإطلاق زوجته من الأسر ، إذا أسرت . وليس له أن يطلقها من أجل أسرها .. » . أما القراءون فانهم يوردون تفصيلا فى هذا الصدد (أنظر شعار الخضر ص ١١٤ — ١١٥) ويبدو أن الربانيين يلزمون الزوج بافداء زوجته مرة واحدة ، فاذا سبيت مرة أخرى يكون له أن يطلق ويؤدى مالها فى ذمته من الحقوق وهى وشأنها . أما عند القرائين فانه يلزم بافدائها دائما ما دام قادرا . وإذا كان مهاجرا ، فللشرع أن يستعين بماله فكاكا لأسرها (أنظر كذلك الموضع السابق من شعار الخضر) .

لا تستلزم الشريعة اليهودية قبول المرأة ، إذ أن هذا الرضا ليس شرطا ، فيقع الطلاق ، ولا يعلق على قبول منها (١) .

٢٠٢ مكرر (٤) ـ ٣ : الشروط الاخرى : إلى جانب ماينبغي أن يتوافر بالنسبة للرجل ، وبالنسبة للمرأة من شروط حتى يقع الطلاق صحيحا ، توجد شروط أخرى، إذ يلزم أن يكون الطلاق بالوثيقة والشهود، وأن يتم أمام السلطة الشرعية فى وقت من الأوقات غير الممنوعة وأن يكون له مسوغ شرعى ونعرض لذلك فيما يلى :

٢٠٢ مكرر (٥) - (أ) : الوثيقة والشهود : لابد لإيقاع الطلاق من أن يحصل بالوثيقة من الرجل يسلمها ليد المرأة وذلك طبقا لما جاء فى الكتاب من أنه إذا « لم تحظ فى عينه بأن وجد بها عيبا فيكتب لها وثيقة الطلاق ويسلمها ليدها » . والوثيقة لازمة للطلاق ، وبدونها تظل المرأة مرتبطة بزوجها ولا يصح الطلاق شرعا (٢) .

ولا يتقيد القراءون بالسلف بالنسبة لصورتها ،فيكفى كونها تفيد الطلاق

---

(١) أنظر المادة ٣٢٥ من ابن شمعون . وهذا هو الحكم أيضا عند القرائين إذ نصوا على أنه اذا ماسلم اليها الوثيقة على يد الشرع ، فانها تصير طالقا ، ولو لم ترض . وإذا تراضيا وسلمها اليها ، ولو على غير يد الشرع فطالق كذلك ما دامت الوثيقة صحيحة . ولما كان من اللازم علم المرأة بأن ماسلم اليها أنما هى وثيقة طلاق ، فان القرائين قد استلزموا قبول المرأة ورضاها إذا ماسلمها الرجل الوثيقة » بوصف كونها شيئا آخر غير الطلاق » ، فاذا « علمت وسكتت » فان الطلاق يقع . أما إذا رفضتها فلا طلاق (أنظر شعار الخضر ص ١٣٥ وهامش ١) .

(٢) ولا خلاف فى هذا بين الربانيين (أنظر م ٣٣٦) والقرائين (أنظر ص ١٣٠ وكذلك ص ١٢٨ هامش ٢ من شعار الخضر) .

بمعناه الشرعى ، وهو فصم الرابطة الزوجية « كريتوت » [١] . وهذا خلافا للربانيين الذين يشترطون أن تدون الوثيقة فى شكل معين « بصورة مخصوصة، ووضع مخصوص » [٢] . والمهم هو أن يكون بيان ما جاء بالوثيقة جامعا مانعا خوفا من الإيهام أوالالتباس والاشتباه ، فتكتب الأسماء والألقاب بصراحة ووضوح [٣] .

---

(١) وكلمة « كريتوت » بالعبرية تعنى « انفصام » . وإذا كان القراءون يكتفون بذلك فانهم يستنتجون من قول الكتاب « يكتب لها وثيقة الطلاق » أن تكون العبارة عبرية لفظاً ورسماً، وذلك خلافا للربانيين الذين يجيزونها بكل لغة أخرى هذا ماجاء فى شعار الخضر ص ١٣٢ وقد ورد فى التعليق على هذا أنه لما كان لا بد من وساطة الشرع فى الطلاق ، فليس من اللائق أن تكون عبارة الوثيقة بغير لغته . فهى كما هو ظاهر لغة الكتاب والعبارة والصلوات والشعائر . ولكن إذا قضى بالطلاق أو أقره الشرع أو كتب الزوج عبارة وثيقته بغير اللغة فى حال التراضى ، فلا بطلان كما هو ظاهر ، وإنما تبدل الوثيقة والحال هذه بغيرها عبرية على يد الشرع ، ضرورة مرور الطلاق عليه حتى فى حال التراضى (ص ١٣٢ شعار الخضر بالهامش) .

(٢) وذلك كأن لا يزيد ولا ينقص عن اثنى عشر سطراً ، وأن يكون الفراغ بين الحرف والحرف بيناً وبنسبة واحدة ... أنظر المادة ٤٣٧ ص ٤٠٩ من كتاب المقارنات والمقابلات ، والجزء الثالث ص ٢٧٠ من قاموس « أوصار إسرائيل » ، وردت الاشارة إليها فى شعار الخضر ص ١٣١ هامش ١ ، وانظر كذلك : مراد فرج : القراءون والربانون ، السابق ص ١٣٣ – ١٣٤ وكذلك ص ١٦٨ – ١٦٩ ، وهذا على خلاف القرائين الذين لم يقيدوها بشىء خاص بل تركوها لما يقتضيه الأمر من الاستيفاء اللازم ، فلا يلتزمون عبارات معينة خلافا للربانيين.

(٣) أنظر فى صورة الوثيقة لدى القرائين ص ١٣٤–١٣٥ شعار الخضر . وهى تشتمل على التاريخ والجهة واسم ولقب الزوج والزوجة ، وأنه قد طلقها وسرحها وتركها ... ولم تعد زوجة له بل خرجت من عصمته ، وصارت حلا لغيره . كما يذكر فيها أنه طلقها لأنه وجد بها عيباً. ولكن هذا البيان الأخير محل اعتراض ، فقيل انه لا داعى أبداً لذكره فى الوثيقة – (أنظر فى علة عدم ضرورة ذكره فى الوثيقة ما جاء بهامش ٣ ص ١٣٤ – ١٣٥ من شعار الخضر) . وكتابة الوثيقة ، كما تقول القراءون تعنى القرطاس والمداد » ، فلا تحتمل النحت. . . (أنظر فى هذا ص ١٣٣ من شعار الخضر) .

وقد تمشى القراءون مع هذا المنطق من حيث أنه ينبغى أن تفيد الوثيقة فصم الزواج ، ولهذا أوجبوا ألا يكون بها أى قيد من القيود المنافية للانفصام، ولا أن يكون بشرط الرجوع ،خلافا للربانيين الذين يجيزون التقييد والاشتراط [١] .

هذا ويتعين أن تكون الوثيقة قائمة بذاتها، فلا يصح أن يجمع بين طلاقين فى وثيقة واحدة ؛ بل يجب استقلال كل مطلقة بوثيقتها . وقد نص القراءون على ذلك ، وحكمه مفهوم بالنسبة للربانيين .

على أنه يلزم فضلا عن الصورة التى تكون عليها الوثيقة ، والبيانات اللازم ذكرها فيها ، أن تكون الوثيقة بحضرة شهود . ويستلزم الربانيون أن يكون الطلاق بوثيقة بحضرة شاهدين (م ٣٣٦) . وهذا هو الحكم كذلك لدى القرائين [٢] . ويقوم الشهود بالتوقيع على الوثيقة قبل تسليمها إلى المرأة .

---

(١) أنظر شعار الخضر ص ١٣٠ ـ ١٣١ . فعند القرائين لا يجوز أن يكون الطلاق مضافا إلى زمن آجل ، بل يجب أن يكون فوريا ، أى أنه يجب أن لا يكون بالوثيقة اى شرط من الشروط ، أو أى قيد من القيود ، وإلا فان الطلاق لا يقع . (أنظر ص ١٠٣ و ١٣٤ من شعار الخضر) . ولهذا يوجب القراءون بيان الزمان والمكان فى الوثيقة (وقد كان يذكر فيها أيضاً تاريخ الخراب الثانى لبيت المقدس ولكن هذه العادة هجرت فى الوقت الحاضر . كما أنه يجب ألا تهيأ الوثيقة ويترك فيها ــ مؤقتاً ــ البيان اللازم ، أى أن تقديمها كلها أو بعضها ممنوع (شعار الخضر ص ١٣٣ وأنظر كذلك بالنسبة لالحاق الشرط بالوثيقة ص ١٣١ ـ ١٣٢ من المرجع نفسه) . أما عند الربانيين فان الأمر على خلاف ذلك، إذ أنهم أجازوا إضافة الطلاق إلى المستقبل ، أى أن نفاذه يكون بعد أجل مسمى ، إذا أشهد على ذلك شهود الوثيقة . وإذا كان فقهاء القرائين قد منعوا ذلك فانهم يبررونه بخشية التلاعب . بل إنهم يقولون إنه إذا ظهر طلاق كهذا غذر صاحبه شرعا لما ينشأ عنه من مساس حلية الذرية (شعار الخضر ص ١٣٩) .

(٢) فعند القرائين لا يجوز أن يكون الشهود أقل من الاثنين من الملة (شعار الخضر ص ١٣٣) .

إذا ما توافرت الشروط السابقة فى الوثيقة، فانها تكون صحيحة؛ ويترتب عليها أثرها من حيث وقوع الطلاق . ومع ذلك فانه قد يحصل الطعن على وثيقة الطلاق بدعوى عدم استيفائها للشروط .

وقد أورد القراءون تفصيلا فى هذا الصدد يجمل بنا أن نشير إليه . إذ عندهم أنه إذا طعن على الوثيقة بدعوى عدم استيفائها وقد عقد على المطلقة آخر وكان الطلاق على يد الشرع ، فلا عبرة بالطعن، تسليما بصحة الإجراءات الشرعية فى وقتها ... ولكن إذا حصل الطعن قبل العقد على المرأة ، وتبينت صحته ، وجب استيفاء اللازم [1] . وإذا أنكر الرجل الطلاق أو ادعى تزويره أو طعن بتشابه الأسماء والألقاب ، فللمرأة تكذيبه بشهود الوثيقة ، وإلا فبشهود التسليم وإلا فبشهود الرسالة إن كان . وتقبل شهادة الناقل عن غيره ولو كانت امرأة ، فاذا لم تثبت صحة الطلاق وعقد عليها آخر مع ذلك حرمت على الاثنين فتطلق من الأول ، وأما عقد الثانى فلغوا كأن لم يكن . وإذا أقر الرجل بالوثيقة ، وادعى فقدانها منه ، وأن الزوجة عثرت بها ، فلا يقبل طعنه . ولا هى تكلف بالإثبات ، فيكفى كونه كتبها باسمها ومن أجلها ، كما هو إقراره [2] .

وإذا قالت بطلاقها صدقت ، فاقرارها لها وعليها لا يتجزأ . فلا يتوقف عقدها على تحقيق طلاقها شرعا، ولا سيما إذا قدمت وثيقتها . ولكنها إذا كانت معروفة بالزوجية لزمها والحال هذه أولا أن تثبت طلاقها ، إما بتقديم الوثيقة ،

---

(١) فاذا لم يكترثوا وعقدوا مع ذلك دون الاستيفاء حرمت الذرية ونوه بذلك شرعا بين الناس . . . (أنظر شعار الخضر ص ١٣٩) .

(٢) شعار الخضر ص ١٣٩ – ١٤٠ وانظر كذلك ما ورد بهامش ١ ص ١٤٠ .

وإما بشهود الطلاق ، وإلا فلا يسمع منها [١]. كذلك لا يقبل من الرجل كونه طلق ، مالم يثبت [٢].

تسليم الوثيقة : ولا يكفى أن يكتب الرجل الوثيقة مستوفية للبيانات السابقة ، وإنما يجب أن تسلم إلى المرأة . إذ يجب أن يكون الطلاق وكتابة الوثيقة ، وتسليمها فى وقت واحد ، ضرورة إخراج المرأة من العصمة على أثر طلاقها ، كما هو نص الكتاب « فيكتب لها وثيقة الطلاق ويسلمها ليدها ويسرحها من داره » [٣].

ويتم تسليم الوثيقة إلى المرأة نفسها ليدها مباشرة . ولكن يصح أن يتم التسليم كذلك بوضع الوثيقة « بين عينيها وتحت تصرفها » كما جاء فى شعار الخضر (ص ١٣٣) . وكما يصح التسليم إلى المطلقة على هذا النحو ، فانه يصح أن يتم إلى وكيلها المأذون منها بذلك ، إذ أن المقصود بنص الكتاب «ويسلمها ليدها» هو كون الوثيقة تصل إليها على كل حال . وهذا أمر لا خلاف فيه بين الربانيين والقرائين [٤] .

---

(١) المرجع السابق ص ١٤٠ وانظر كذلك هامش ٢ .

(٢) المرجع السابق ص ١٤٠ وانظر كذلك هامش ٣ .

(٣) أنظر كذلك ص ١٣٢ من شعار الخضر . وتنص المادة ٣٥٤ لدى الربانيين على أن الرجل يسلم الوثيقة إلى يد مطلقته قائلا لها : « استلمى وثيقة طلاقك ، فأنت طالق ، وصرت حلا لغيرى » . ولكن القرائين ينتقدون هذه العبارات ، إذ المقصود بالطلاق أن تصير المرأة حرة تتزوج بمن تشاء . وهذا أمر ضرورى ، إذ بالطلاق تحل لغيره. (أنظر : مراد فرج : القراءون ، والربانون السابق ص ١٦٨ - ١٦٩) .

(٤) فقد نصت المادة ٣٦٠ بالنسبة للربانيين على أن « للمرأة أن توكل عنها لقبول الطلاق ، وبه يتم » . كما ورد هذا المعنى كذلك فى شعار الخضر ص ١٣٣ .
المهم كما يبدو هو أن تصل الوثيقة إليها وتعلم بما جاء فيها ولو حكما ، حتى ولو لم ترض به . ==

ويجب أن يتم الاشهاد على تسليم الوثيقة كما هو واجب على الوثيقة نفسها . والإشهاد إذا كان يجب على التسليم إلى المرأة نفسها ، فانه يجب على الرسالة والاستئمان والتوكيل أصلا أو فرعا (توكيل الوكيل نفسه) . بل يجب على الرسول أن يشهد عليها عند تسليم الوثيقة إليها [١]

٢٠٢ مكرر (٦) ب — إتمام الطلاق على يد السلطة الشرعيه : تستلزم الشريعةاليهودية أن يتم الطلاق أمامالسلطة الشرعية. وهذا مانص عليهالربانيون والقراءون [٢] فما هو المقصود بالسلطة الشرعية فى الوقت الحاضر . لا شك فى أن المقصود بها الآن إنما هى السلطة القضائية التى آل إليها الاختصاص بعد إلغاء

= وقد عرض القراءون لصور متعددة بالنسبة لتسليم الوثيقة . إذ ورد أنه إذا دفع بالوثيقة إليها فى منتصف الطريق بينه وبينها رأساً ، أو بين من هو تحت إذنها ، فطلاق فاسد . وإذا كان الإلقاء أقرب إليها منه فصحيح . وإذا كان القرب إليه أكثر فلا طلاق . وإذا ألقاها فصادفت ناراً أو ماء فاحترقت أو محقت ، فلا طلاق . وإذا تحولت حين إلقائهـا إلى مكان آخر ليس فى تصرفها وأمكن لها أن تطولها وهى واقفة بمكانها فطالق وإلا فلا . وفى جميع هذه الصور يعتبر وجود المرأة وقت الإلقاء ، وفى مكانه ، شرط . وإلا فلا طلاق .

كما عرضوا كذلك لحالة ما إذا ترك لها الوثيقة فى الدار أو أعطاها لعبده ، وملكها الدار أو العبد ، وأخبرها بالأمر ، وأشهـد ، وقبلت ، فطالق . وقد عرض الربانيون لصور كثيرة أخرى ، لم يأخذ بها القراءون وذلك « تباعداً عن التفنن والحيل ومنعاً للشك ، واهتماماً بأن يكون تسليم الوثيقة إليها أو إلى وكيلها المأذون ، أو أن تترك لها بوجودها بين نظرها وتحت تصرفهـا ، وإلا كان طلاقاً فاسداً لابد من تجديده بوثيقة أخرى » (شعار الخضر ، ص ١٣٥-١٣٦) .

(١) انظر فى كل هذا : شعار الخضر ، ص ١٣٧ و ١٣٨ وانظر ما سيأتى عند كلامنا عن الوكالة فى الطلاق . هـذا ويجب على الشهود أن يقرأوا الوثيقة أولا قبل التسليم ، إذ من الجائز أن تكون شيئاً آخر غير وثيقة طلاقها ، أو لا تكون صحيحة شرعاً .

(٢) فقد نصت المادة ٣٣٦ من ابن شمعون على أنه « لا يصح الطـلاق شرعاً إلا أمام السلطة الشرعية ، بوثيقة ، بحضرة شاهدين » . كما جاء فى شعار الخضر ص ١٢٩ أن « لا طلاق إلا على يد الشرع ، بقدر ما يكون هناك من مسوغات .. » .

جهات القضاء الشرعى لليهود على أثر صدور القانون ٤٥٢ لسنة ١٩٥٥ ، إذ لم يعد للجهات الدينية الخاصة بغير المسلمين أية اختصاصات قضائية فى هذا الشأن .

ولما كان الطلاق يستلزم دائما الفصل فى توافر المسوغ، أو بصفه عامة فى حقوق الزوجة، فان هذا يعنى أن الأمر يثير من المسائل والمنازعات ما يختص القضاء بالفصل فيه . ولهذا ينبغى القول بأن كل نص وارد فى شرائع غير المسلمين بصفة عامة يثبت اختصاصا قضائيا لأية جهة أخرى ، لايمكن تطبيقه فى الوقت الحاضر . بعد أن أصبحت منازعات الأحوال الشخصية من اختصاص القضاء العادى [1] .

وإذا كان المقصود بالسلطة الشرعية هى القضاء فى الوقت الحاضر . فانه ينبغى أن يراعى أن دور هذه السلطة يختلف لدى كل من الربانيين والقرائين ، وذلك بالنظر إلى اختلافهم فى مفهوم مايعتبر مسوغا للطلاق . فالربانيون يتوسعون فى معنى مسوغ الطلاق ، بل إنهم لايجعلون له من مسوغ إلا مجرد عدم حظوة المرأة فى نظر الرجل ، ورغبته التزوج بأجمل منها . ولهذا فان دور السلطة القضائية قد يبدو ضئيلا . ومع ذلك فانه لا ينبغى التقليل من أهمية دور السلطة القضائية حتى فى هذه الحالة ، إذ أن معرفة ما إذا كان هناك مسوغ حقيقى ، أم أنه لا يوجد من مسوغ إلا مجرد عزوف الرجل عن زوجته . لها أهميتها بالنسبة للقضاء بحقوق المرأة أو عدم القضاء بها ، بحسب انعدام المسوغ أو توافره . أما عند القرائين فإن دور القضاء فى تحديد المسوغ وتقدير ما إذا كان هينا محتملا أو أنه ليس

(١) ويدعونا إلى بيان هذا الحكم ما أوردته المادة ٣٢٧ من ابن شمعون حيث تنص على أن « كل طلاق من سلطة أجنبية لا يعتبر شرعاً » . فما هو المقصود بالسلطة الأجنبية فى هذا الصدد ؟ يفهم مما أورده البعض أن كل طلاق يصدر من غير الرجل لا يعتبر شرعاً ، ومعنى ذلك أنه لايصح أن تصدر المحكمة الطلاق دون موافقة الزوج ، لدى الربانيين ، إذ لا يكون هذا مؤدياً لانهاء الزواج (جميل الشرقاوى السابق (٥٩-١٩٦٠) ص ٣٣٩) أى أن المقصود بالسلطة الأجنبية التى يصدر عنها الطلاق هى أية سلطة أخرى تقوم بالطلاق =

كذلك يعتبر أمرا مسلما به ؛ إذ لا ينبغى أن يترك الأمر لطالب الطلاق ، فهو يجسم التافه ويعظم اليسير [١] .

وعلى ذلك فان سلطة القضاء إذا كانت تختلف حول تقدير المسوغ لدى كل من الفريقين ، فانه ليس له أن يقف فى سبيل الطلاق بالنسبة للربانيين استنادا إلى انعدام المسوغ ، وإن كان له على خلاف ذلك بالنسبة للقرائين ، فقد يرى أن المسوغ المدعى به محتملا هينا ، وبالتالى لا يجيب طالب الطلاق ، إذ لا يكفى للطلاق فى هذه الحالة مجرد إرادة الرجل ، بل لا بد من المسوغ [٢] .

واستلزام إتمام الطلاق على يد الشرع إذا كان يقصد منه الرقابة على ما هنالك من مسوغات ، فانه يقصد من ورائه كذلك منع التعسف أو ظلم الرجل للمرأة ، إذا ما ترك له يستبد بايقاع الطلاق . كما أن هناك من الحالات ما لا يجوز فيها الطلاق أصلا [٣] ، مما يجعل من اللازم رقابة السلطة الشرعية . هذا فضلا عن ضرورة ذلك للإشراف على صحة الوثيقة وتوافر شروطها .

= بدلا من الزوج . ولكن ما أورده مراد فرج فى هامش شعار الخضر ص ١٣٠ يفهم منه غير ذلك إذ يقول إن الربانيين لا يعتمدون الطلاق ، « ما لم يكن على يد الشرع ، ولو تولته إحدى السلطات النظامية » . ومقتضى هذا الرأى الأخير أنه لو تم الطلاق أمام أية جهة أخرى فلا تنفصم الزوجية ، بل لا بد من أن يتم ذلك على يد السلطة الشرعية . إلا أنه لما كانت السلطة الشرعية غير قائمة الآن ، فان أى نص يثبت لها اختصاصاً قضائيا يكون فضله من القول ، اللهم الا اذا تعلق الأمر باختصاص الجهات الدينية من الناحية الروحية فقط . وبصرف النظر عما تدعيه السلطات الدينية لنفسها من اختصاصات من حيث الواقع .

(١) كما جاء فى شعار الخضر ص ١٢٧ . وانظر كذلك الهامش قبل السابق .

(٢) شعار الخضر ص ١٢٦ . وانظر كذلك ما جاء فى ص ١٤٠ هامش ٣ من هذا المرجع نفسه حيث يبرر وجوب أن يكون الطلاق على يد الشرع بالاضافة إلى ما سبق ، نظراً « لجواز أن يدعيه أحدهما على الآخر كذباً ، وقد يجاريه بعض الشهود ، أو لجواز أن تنكره وتخفى أو هو ينكره ، وتكون الوثيقة فقدت من المرأة ويتعذر الاثبات . فوقوع الطلاق على يد الشرع ضمانة كبرى دينية ومدنية معا بوجود أصل الوثيقة دائما ثابتا فى السجل موقعا عليها من الاثنين » .

(٣) كدعى الثيوتة كذبا والمغتصب .

على أنه كان يلزم أن يتم الطلاق على يد الشرع ، إلا أنه ينبغى أن يراعى أن الرجل هو صاحب الحق فى إيقاعه عن طريق الوثيقة يدفعها إلى المرأة . بل إنه حتى فى الحالات التى يتم فيها الطلاق بناء على طلب المرأة أومراعاة لحق الشرع نفسه ، فان الرجل يكلف بايقاعه . وإذا كان الطلاق يصدر من الرجل بالوثيقة على هذا النحو ، فهل له أن يوقعه حتى ولولم يوافق الشرع على ذلك ؟ لاشك أن استلزام إتمام الطلاق فى الشريعة اليهودية على يد الشرع يعتبر شرطا من شروط الطلاق . وهذا يستلزم أنه إذا لم توافق السلطة الشرعية على الطلاق لعدم توافر المسوغ ، فان الطلاق لا يقع . فلا « طلاق إلا على يد الشرع بقدر ما يكون هناك من مسوغات » . بل إنه حتى بالنسبة للربانيين الذين يتساهلون فى إباحة الطلاق ويجعلونه لمجرد إرادة الرجل ، فانهم مع ذلك لايعتمدونه مالم يكن على يد الشرع ، ولو تولته إحدى السلطات النظامية . ويؤخذ بهذا الحكم من باب أولى لدى القرائين نظرا لتقيدهم بالمسوغ [١] .

وعلى ذلك ، فانه لا يصح للرجل أن يطلق بنفسه . وهذا ما أقره المجلس الشرعى لليهود القرائين باجماع أعضائه [٢] . بل إنه لا يكفى لدى القرائين [٣] أن يوقع

(١) فى هذا المعنى ، مراد فرج فى تعليقه على شعار الخضر ، هامش ص ١٣٠ .

(٢) وذلك فى حكم له فى ٢٥ فبراير ١٩١٧ أشار إليه مراد فرج فى هامش ص ١٣٠ من شعار الخضر . انظر أسباب الحكم فى الموضع السابق .

(٣) وقد يكون هذا الحكم مقبولا لدى الربانيين الذين لا يستلزمون بحث المسوغ ، وفى هذه الحالة يكون للزوج أن يوقع الطلاق ، ولو أمام المحكمة فى الجلسة ، وتقوم باثبات إيقاع هذا الطلاق . مع تسليم الوثيقة والتحقق من الشروط الأخرى للطلاق . ويبدو من بعض أحكام المحاكم أنها تأخذ بهذه الفكرة إذ تقرر أنه : « يستطيع الزوج اليهودى الربانى أن يوقع الطلاق بارادته المنفردة دون حاجة إلى الالتجاء للمحكمة إلا لاثبات وقوع الطلاق ... » ولكن يبدو أن الحكم لا يقر هذا الالتجاء الى المحكمة =

الزوج الطلاق أمام المحكمة وتقوم باثباته فى الجلسة ، ولكن لا بد ــ فى حالة عدم اتفاق الزوجين ــ من أن يقوم القاضى ببحث المسوغ ، ويقدر ظروفه ، وهذا ما أقرته بعض أحكام المحاكم [١] . ولكن من بين الأحكام ، التى صدرت بالنسبة للربانيين ، ما قضى بأنه إذا كان للزوج أن يوقع الطلاق بإرادته ، فان طلاقه يقع . ولا حاجة بعد ذلك إلى الالتجاء إلى القضاء لفصم عرى الزوجية ، ولا تقبل دعواه لانعدام المصلحة [٢] .

= إلا إذا رفض الموثق المنوط به توثيق الطلاق إثبات ذلك ، إذا كان متعينا على الزوج أن يلتجىء إلى الموثق ليثبت الطلاق بنفس الألفاظ التى صدرت منه وفق مقتضيات القانون ، فاذا رفض هذا الموثق ، كان التجاء الزوج إلى القضاء لاثبات حصول الطلاق من قبيل دعوى قطع النزاع (القاهرة الابتدائية فى ١٥-٦-١٩٥٨ قضية ٤٨٤ س ١٩٥٨ ك . [صالح حنفى ٢ رقم ٦٩٥ ص ٥٢٠) . ويبدو من هذا الحكم أنه لا يقر الالتجاء إلى القضاء إلا بصفة احتياطية . مع أن نص المادة ٣٣٦ من ابن شمعون لا يجعل الطلاق صحيحا إلا على يد الشرع .

(١) من ذلك حكم استئناف القاهرة فى ٢١-٥-١٩٥٨ رقم ٥٤ سنة ٧٤ ق ــ خفاجى ورابح ص ١٢٦-١٢٧ . فقد أورد الحكم أن « الطلاق لا يقع عند الاسرائيليين القرائين، فى حالة عدم قبول الزوجة ، إلا بمسوغ مقبول شرعا وعرفا ، وبعد أن يقدر القاضى هذا المسوغ تقديره الحق » . ولم توافق المحكمة على حكم أول درجته حيث اكتفى بالطلاق الذى أوقعه الزوج فى الجلسة ، وقضى مباشرة باثباته ، بمقولة إن من حق الزوج أن يوقع الطلاق على زوجته ، وما على المحكمة إلا أن تثبت إيقاع هذا الطلاق ، ذلك أن الطلاق ، كما تقول محكمة الاستئناف ، لا يقع عند القرائين إلا بقبول من الزوجة ، فان كانت غير قابلة ، فلا يقع الطلاق إلا بمسوغ يشرف عليه القاضى ويقدر ظروفه .

(٢) وهذه الأحكام صادرة من بعض المحاكم الابتدائية : من ذلك حكم الاسكندرية الابتدائية فى ١٢-١١-١٩٥٧ رقم ٣١ س ٥٦ ك ، صالح حنفى ٢ رقم ٦٧٥ ص ٥٠٧ ، وكذلك حكمها فى ٨-٤-١٩٥٨ رقم ٥٧ س ١٩٥٧ كلى ملى ، صالح حنفى ٢ رقم ٦٩١ ص ٥١٨ . وهذان الحكمان بين يهود ربانيين . حقا إنه لا يلزم أن يكون للطلاق مسوغ يفحصه القضاء ، كما هو الشأن بالنسبة للقرائين ، ولكن هذا يتعارض مع ماتقضى به قواعدهم من أن الطلاق لا يصح إلا أمام السلطة الشرعية ، كما قدمنا فى الهامش السابق ، إذ يقتضى الأمر إتمام الطلاق أمامه حتى يراقب صحة الوثيقة ، كما يراقب توافر المسوغ أو عدم توافره ، لكى يمكنه حرمان المرأة من حقوقها أو عدم حرمانها .

٢٠٢ مكرر (٧) ـ ج ـ ايقاع الطلاق : فى اوقات معينة : إذا كان الطلاق يتم على ماسبق بالوثيقة ، وعلى يد الشرع ، فانه يتعين ، لكى يقع صحيحا ، أن يكون فى أوقات معينة . فلا يصح الطلاق فى الأيام الممنوعة . كما لايصح أن يحصل ليلا إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك . هذا عند الربانيين . ولايختلف الحكم كذلك لدى القرائين .[1]

٢٠٢ مكرر (٨) ـ د ـ استلزام المسوغ للطلاق : إذا كان الطلاق بيد الرجل فى الشريعة اليهودية ، فان ذلك لا يعنى أن يترك لمحض مشيئته ، وإنما يلزم أن يوجد مسوغ له . فقد جاء فى سفر التثنية أنه « إذا أخذ رجل أمرأة وتزوج بها ، فان لم تجد نعمة فى عينيه ، لأنه وجد فيها عيب شىء ، وكتب لها كتاب طلاق ودفعه إلى يدها وأطلقها من بيته ... »[2] . وفى صياغة أخرى لهذا النص « .. فاذا لم تحظ فى نظره ، بأن وجد بها عيبا ... » . وقد اختلف الربانيون والقراءون حول ما يقصد بمسوغ الطلاق . ولهذا قيل إنه يكفى كمسوغ للطلاق أن يرغب الرجل فى التزوج بأجمل منها ، كما أن له أن يطلقها لإحراقها الطعام . أما القراءون فانهم يفهمون المسوغ على نحو آخر ، فالمسوغ عندهم هو العيب فى المرأة ، لا مجرد عدم الحظوة فى نظر الزوج . إذ أن عدم الحظوة ما هو إلا

---

(١) نصت المادة ٣٣٤ بالنسبة للربانيين على أن «أيام السبت والأعياد الدينية لايجوز الطلاق فيها » . كما نصت المادة ٣٣٥ على أنه « لا يجوز الطلاق يوم الجمعة ضرورة دخول يوم السبت ، ولا أن يحصل ليلا ، إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك » . كما جاء بالنسبة للقرائين كذلك أنه لا يصح الطلاق « فى الأيام المنهى عن العمل فيها شرعا » . ذلك أن معطى الوثيقة يقوم بكتابتها والكتابة تعتبر عملا ، فهى لهذا ممنوعة فى الأيام المنوه عنها (انظر ص ١٣٢ شعار الخضر) .

(٢) الاصحاح الرابع والعشرون ، عدد ١.

نتيجة العيب ، والعيب هو علة عدم الحظوة [١] . هذا العيب ينصرف عند القرائين إلى مالا يحتمل عادة فى الخَلْق أو الخُلُق ، أو كان ماسا بالدين أو الآداب . فاذا كان هينا محتملا أو يرجى برؤه ، أو لا مساس فيه بالدين أو الآداب ، فليس مسوغا [٢] .

هذا هو ما ينصرف إليه المسوغ لدى كل من الربانيين والقرائين ، إذ يكفى عند الأولين عدم الحظوة فى نظر الزوج [٣] ، أما الآخرون فانه يلزم أن يكون بها عيب من العيوب بينها فقهاؤهم ، هذا فضلا عن توافر مسوغ الطلاق فى صور أخرى تعد إخلالا من الزوجة بحقوق الزوجية .

وقد عنى فقهاء القرائين ببيان العيب فقالوا إنه هو مالا يحتمل كما قدمنا . وقد قسموا العيب إلى قسمين : **الاول** ما كان فى النفس ماسا بالدين : وهو على

---

(١) ذلك أن الربانيين يفهمون عبارة « فان لم تحظ فى نظره **بان** وجد بها عيبا » على أن عدم الحظوة يعد مسوغا مستقلا عن وجود العيب فى المرأة ، لأنهم أولوا حرف العلة (بأن) بمعنى **أو** فصار النص عندهم هكذا : « فان لم تحظ فى نظره **او** وجد بها عيبا ... » . وهذا بخلاف القرائين الذين يصرفون المعنى إلى غير ذلك ، إذ عندهم أن عدم الحظوة إنما هو نتيجة العيب ، ولهذا فان المسوغ عندهم هو العيب فى المرأة . وقد استند القراءون فى ذلك إلى أن صراحة نص الكتاب تعارض المعنى الذى أخذ به الربانيون ، إذ المعنى « هو أن تكون عدم الحظوة معلول العيب ، لا أن تكون هى العلة . فان الكتاب لم يجرد عدم الحظوة من التعليل بل نص عليه ، وهو المسوغ ، بقوله « بأن وجد بها عيباً » ، ليمنع الرجل بذلك من أن يطلق بمجرد إرادته » . (شعار الخضر ص ١٢٦ . وانظر فى تأييد وجهة نظر القرائين ماجاء بهامش ٢ من الصفحة المذكورة وكذلك : مراد فرج فى مؤلفه : القراءون والربانون ، السابق ص ١٣٢-١٣٣) .

(٢) مراد فرج ، القراءون والربانون ، السابق ص ١٣٢ .

(٣) ومع ذلك فقد يتعين للطلاق لدى الربانيين مسوغ معين هو الزنا وذلك فى حالة انتهاك البكارة غصبا أو احتيالا ، إذا طلب من الفاعل العقد على البنت ، فانها تلزمه شرعا إذا كانت حلاله ، ولو كانت معيبة ولها منع الطلاق ، إلا إذا زنت . (انظر المادة ٤١٤ من ابن شمعون) .

=

نوعين : قاصر عليها ، كابتذالها الأيام المقدسة وأكلها النجس أو مالا يحل ، ومتعد غيرها كاطعامها ذلك أو إخفائها الحيض .

والثاني : ما كان فى الخلق أو الخلق ، وهو على ثلاثة أضرب : الأول فى الصفة والمنظر وهو على نوعين : هين مقبول كالنمش وأثر الجدرى وقصر النظر مع سلامة العينين ، والسحابة غير المضرة بهما ، وغير هين لا يقبل كالريح الخبيثة فى الفم أو الأنف ، والعماء ، والصمم ، والجنون ، والحمق ، والخرس ، وبالجملة كل عاهة لا يرجى برؤها ولا يطاق احتمالها . كذلك سب الوالدين . والثانى ، سوء المعاملة ككثرة النزاع وشدة المعاندة والوقاحة . والثالث الابتذال فى الطرق والأسواق بلا اطلاع زوجها . وإتيان ما يمس الشرف ، والتماسها منه صريحا ما هو مفهوم [1] : ومحل الطلاق من هذه العيوب هو ما دون الهين المحتمل ، حسبما يراه أولو الأمر من أهل الشرع ، لا طالب الطلاق ، فهو يجسم التافه ويعظم اليسير [2] .

= هذا وقد تشدد بعض فقهاء الربانيين الأوائل مثل الامام « شماى » من واضعى المشنا أو رواته ، فلم يسمح بالمسوغ إلا إذا كان زنا . أما صاحبه « هليل » فقد اكتفى بمجرد عدم الحظوة ، وقد غالى بعضهم فى الاستهانة حتى رضى بحرق الطعام ، أو وجود أجمل منها . (أنظر المشنا الفصل العاشر فى باب الطلاق . أشار اليه مراد فرج : السابق ص ١٣٢) . كما ورد عندهم أنها إذا كانت أول زوجة فلا يليق طلاقها بلا مسوغ ، أى أن استلزام المسوغ لا يكون الا بالنسبة لأول زوجة ، وهذا مانصت عليه المادة ٣٢٨ من ابن شمعون اذ قضت بأنه « لا يليق بالرجل أن يطلق أول زوجة له بغير مقتض » . فاذا لم تكن أول زوجة ، فيكفى مجرد عدم الميل اليها مسوغا للطلاق .

ولكن القرائين لم يفرقوا بين أن تكون الاولى أو غيرها ، بل الحكم واحد عندهم ، وهو المسوغ ، والمسوغ عندهم أمر وسط بين الشدة (فلا يستلزمون أن يكون هو الزنا فقط) واللين (فلا يكتفون بعدم الميل الى المرأة فقط) (أنظر مراد فرج ، السابق ص ١٣٢) .

(١) بل ان طلاق هذه واجب شرعا كما سنرى فيما بعد (أنظر شعار الخضر ص ١٢٧)

(٢) شعار الخضر ، ص ١٢٧ .

هذا هو ما يعد مسوغا لدى القرائين ، ولا محل للطلاق متى كان المسوغ هينا محتملا ، فاذا كان غير هين لا يحتمل كان للزوج الطلاق . وتقدير ما إذا كان المسوغ كذلك إنما يرجع للقضاء كما سنرى .

منع الطلاق حتى بمسوغ : ومع ذلك فان هناك من الحالات مالا يمكن فيها الطلاق مهما كان المسوغ غير محتمل . وقد نص القراءون على حالة مدعى الثيوبة كذبا ، والمغتصب .

١ـ **ادعاء الثيوبة كذبا** : إذا ادعى الزوج أنه لم يجد زوجته بكرا ، ثم ثبتت بكارتها ، فانه « يمنع من طلاقها عمره ولو وجد بها عيب ، اللهم إلا إن كانت محرما أو مشتبها فى حليتها بين العلماء ، أو كان كاهنا وكانت هى من ممنوعاته ... » وقد أجاز بعضهم الطلاق إذ وجد سبب قوى كعدم الإيمان بالآخرة [١] . ومن الواضح أن له أن يطلقها فى هذه الحالة إذا ثبتت صحة ادعائه . عدم بكارتها [٢]

٢ ـ **المغصوبه** : وقد نص القراءون كذلك على عدم جواز طلاق المغصوبة بعد زواجها ممن اغتصبها ، حتى مع وجود المسوغ ، مالم يكن هذا المسوغ ماسا بالدين ، وبشرط أن لا تكون محرما [١] .

---

(١) أنظر فى هذا الموضوع مفصلا وخاصة من حيث الاثبات والتعويض ص١٢٢ ـ ١٢٤ شعار الخضر وكذلك ص ١٢٧ وأنظر كذلك بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالبكارة المادة ١٥٠ ـ ١٥٤ من ابن شمعون .

(٢) وقد نصت المادة ١٥٢ من ابن شمعون على هذا الحكم أيضاً .

(٣) أنظر ص ١٢٧ وكذلك ص ١٤٦ ـ ١٤٧ من شعار الخضر . وقد تكلم فى هذا الموضع الأخير عن المحتال عليها والمكرهة ، وفرق بينهما . والمكرهة هى مسلوبة الارادة والثانية لم تسلبها . وقد فصل الحكم بالنسبة للحالتين من حيث ما يجب على المعتدى وبين أن المكرهة هى التى لا يجوز طلاقها مهما كان المسوغ الا اذا كان ماساً بالدين أو زناه من باب أولى . أما الخادع ، فانه لا يغرم (عدا المهر إن لم يقبل والدها زواجها منه) ، كما ان طلاقه يدخل تحت الحكم العام .

=

العلم بالمسوغ واثره فى طلب الطلاق : لا جدال فى أنه إذا وجد المسوغ على النحو السابق ، كان للزوج أن يطلق زوجته ، لكن ماهو الحكم إذا كان على علم به من قبل ، ثم تزوجها ؟ عرض شعار الخضر لحكم هذه الحالة وبين حقوق المرأة إذا ما طلقت ، مما يفهم منه أنه إذ كان هناك مسوغ يتوفر فيه شرط أنه غير هين وغير محتمل ، كان له أن يطلق مع مراعاة اختلاف الحكم فى حالة علمه أو عدم علمه قبل الزواج بهذا المسوغ أو فى حالة طروئه بعده . فاذا كان المسوغ معلوما للرجل قبل الزواج فلا يطلقها إلا بالمؤجل . ومعنى ذلك أنه إذا لم يكن معلوما قبل الزواج كان له أن يطلقها بلا مؤجل . أما إذا كان المسوغ حادثا بعد الزواج كالأمراض والعاهات ، فان المؤجل واجب . هذا مالم يكن المسوغ هو فساد الأخلاق ، إذ لا يجب المؤجل ، لأن فساد الاخلاق نقص فى الدين [1] .

عدم استلزام المسوغ فى حالة الاتفاق : إذا كان لابد من مسوغ ، فان هذا يلزم دائما على النحو الذى بيناه ، ما لم يكن هناك تراض بين الزوجين على

= وقد أخذ الربانيون بهذا الحكم على ما بينا من قبل من حيث منع الطلاق فى هذه الحالة الا اذا كان هناك مسوغ خاص هو الزنا (أنظر بالنسبة لانتهال البكارة غصباً واحتيالا لدى الربانيين المواد ٤١١ وما بعدها وخاصة ٤١٤ . وأنظر فى الفـارق بين القرائين والربانيين شعار الخضر ص ١٤٦ - ١٤٧) .

(١) شعار الخضر ص ١٢٧ — ١٢٨ .

ومع ذلك فان ما جاء بحاشية شعار الخضر (ص ١٣٠) لا يبدو منـه أن للزوج مطلق الحق فى الطلاق اذا كان يعلم بالمسوغ من قبل . فقد جاء انه اذا كان الطلاق بلا مسوغ ممنوعا أو معصية ، فكذلك هو ممنوع أو معصية اذا كان الموجب معلوما للرجل من قبل العقد والا فما معنى كونه يطلق وهو لم يجد بها شيئاً كان يجهله أو طرأ عليها بعد ، اللهم الا اذا كان معذوراً فى طلاقه واطمأن قلبه لعذره هذا بأن لم يجد فى نفسه قدرة على تحمل الحالة التى بها الزوجـة ، وكان يظن أن يتحمل ، أو أن الحالة زادت نوعا عن ذى قبل فتعتبر الزيادة والحال هذه مسوغا جديداً يعذر معه الرجل فى الطلاق ، فلا يكون جانياً حسبما يراه القضاء .

الطلاق؛ إذ فى هذه الحالة لا يلزم المسوغ ؛ وقد نصت القواعد الخاصة بالقرائين صراحة أن « لا طلاق إلا على يد الشرع بقدر ما يكون هناك من المسوغات اللهم إلا إذا كان هنـاك تراض بين الاثنين ، فان المسوغات لا يتوقف الأمر عليها والحال هذه ، بل يطلقها ولو بلا سبب أصلا ما دامت قابلة » [١] .

وعلى ذلك فان قبول المرأة للطلاق ، يعفى من تقديم المسوغ [٢] . وهـذا يستلزم أن يكون قبول الزوجة نهائيا ، لا مطعن عليه . فاذا طعنت فى الاتفـاق الحاصل بينها وبين زوجها ، فان قبولها ينتفى متى كان لطعنها ما يبرره ، وبالتالى يتعين البحث عن مسوغات الطلاق عند الزوج [٣] . وإذا كان لا يلزم تقـديم المسوغ للطلاق فى حالة الاتفاق ، فهل يلزم أن يتم الطلاق على يد الشرع كذلك؟ رأينا أنه إذا كانت القواعد الخاصة بالقرائين تستلزم أن يكون للطـلاق مسوغ وأن يتم على يد الشرع ، فانها فى حالة الاتفاق تستثنى المسوغات ولا تتطلبها، بل يكون للزوج أن يطلقها دون سبب [٤] . وإذا كان المسوغ هو الذى يستثنى فقط فى حالة الطلاق بالاتفاق ، فان معنى ذلك أنه يبقى الحكم الآخر وهو أن يكون على يد الشرع . ويؤيد ذلك ما جاء فى التعليق على هامش شعار الخضر

---

(١) شعار الخضر ص ١٢٩ وهذا الحكم لا شك فيه بالنسبة للربانيين دون حاجـة إلى نص ، ذلك أنه إذا كان للزوج أن يطلق دون رضا الزوجة ، بل لمجرد عدم الميل إليها ، فان من الممكن أن يتم الطلاق بتراضى الطرفين ، ولا داعى للنظر إلى المسوغ إطلاقا .

(٢) وتظهر أهميـــة عدم استلزام المسوغ لدى القرائين بصفة خاصة ، نظراً لتشددهم فى استلزامه .

(٣) أنظر حكم استئناف القاهرة فى ١٩٠٨/٥/٢١ رقم ٥٤ س ٧٤ ق ـ خفاجى ورابح ص ١٢٦ - ١٢٧ .

(٤) وهذا ما يبدو مما أورده شعار الخضر ص ١٢٩ ـ كما بينا أعلاه . وهو ما يؤيده الفقه كذلك : أنظر جميل الشرقاوى ، السابق (٥٩ ـ ١٩٦٠) ص ٣٩٧ وهامش ٣ .

للقرائين من « ضرورة مرور الطلاق عليه (الشرع) حتى فى حالة التراضى »[١].

ولكن ما يثير الشك هو ماورد فى شعار الخضر بعد ذلك[٢] عند الكلام عن « ايقاع الطلاق » من أنه : « إذا سلم إليها الوثيقة على يد الشرع ، فطالق ولو لم ترض . وإذا تراضيا وسلمها إليها ولو على غير يد الشرع ، فطالق كذلك ما دامت الوثيقة صحيحة » . أى أنه فى حالة الاتفاق على الطلاق ، إذا كان لايلزم المسوغ ، فان إتمام الطلاق وتسليم الوثيقة يصح ولو على غير يد الشرع . ولكن الواقع أنه إذا كان الطلاق يعتبر واقعا فى هذه الحالة بالوثيقة الصحيحة دون بحث لمسوغ الطلاق ، فان تدخل «الشرع» لازم مع ذلك للتصديق على اتفاق الطرفين وإثباته ، بل وللنظر فى صحة الوثيقة . مع مراعاة انعدام سلطة تقدير المسوغ فى هذه الحالة ، مما دعا إلى الاكتفاء بالقول بضرورة « مرور » الطلاق عليه فى حالة التراضى . ومروره هنا يعنى انعدام سلطة التقدير ورفض الطلاق لانعدام المسوغ . ولكن هذا لايعنى عدم إمكانه بحث صحة الوثيقة ، وصحة الاتفاق على الطلاق[٣] .

---

(١) أنظر ص ١٢٢ من شعار الخضر بالهامش .

(٢) ص ١٣٥ من هذا المرجع .

(٣) وهذا ما يؤيده حكم استئناف القاهرة السابق فى ٢١ – ٥ – ١٩٥٨ من أنه ينبغى لكى لا يبحث فى المسوغ ألا يكون الاتفاق على الطلاق لا مطعن فيه .

وعلى ذلك فان دور القضاء إذا كان ينحسر عن بحث المسوغ ، فانه يظل فيما عدا ذلك من حيث التصديق على صحة الاتفاق واقراره ، وصحة الوثيقة . وقد جاء فى فتوى صادرة من حاخخانة الاسرائيليين قدمت فى القضية ٢٩ لسنة ١٩٥١ أحوال شخصية أجانب ، القاهرة ، أنه : « إذا كان الزوجان متفقين على الطلاق ، وتقدما باتفاق على الطلاق بينهما ، فالحكم يكون بالتصديق على الاتفاق وايقاع الطلاق » (وقد وردت الاشارة إلى هذه الفتوى فى حكم القاهرة الابتدائية فى ٢١-١٠-٩٥٨ رقم ١٨١٠ س ١٩٥٦ ، صالح حنفى ٢ رقم ٦٢٨ ص ٤٨٢) =

توافر المسوغ وأثر ذلك بالنسبة لحقوق المرأة : رأينا أنه لا خلاف بين القرائين والربانيين فى أنه إذا توافر مسوغ للطلاق كان للرجل أن يطلق زوجته. ولكن الخلاف ينحصر فى أنه هل يمكن أن يطلق الرجل بلامسوغ ، وقد رأينا أن الربانيين يرون إباحة الطلاق لمجرد عدم حظوة المرأة فى نظره ، بخلاف القرائين . وفيما عدا ذلك يتفق الفريقان على أن وجود المسوغ يبرر الطلاق . فهو يبرره ـ لاشك ـ عند القرائين ، متى كان المبرر عيبا لا يحتمل ، يقدره القضاء . وهو يبرره من باب أولى عندالربانيين ، لأنهم إذا كانوا يجعلون للرجل أن يطلق لمجرد عدم حظوة المرأة فى نظره ، فان له من باب أولى أن يطلقها متى وجد مسوغ حقيقى . وإذا كان لنا أن نعرض لأمثله مما يعد مسوغا لدى الربانيين بصفة خاصة فى الوقت الذى لا يضعون فيه قيدا على ما يعتبر مبررا ، فان لهذا أهميته مع ذلك بالنسبة لحقوق المرأة ، كما سيتضح فيما يلى .

ثانيا : تطبيقات على الطلاق بارادة الزوج

٢٠٢ مكرر (٩) الهدف من دراسة هذه التطبيقات : إذا كان للزوج أن يطلق بارادته فى الشريعة اليهودية متى توافرت شروط الطلاق ، فانه يلزم أن يتوافر المسوغ لذلك فضلاء الشروط الأخرى كما قدمنا . وقد رأينا أن القرائين يقسمون العيب المبرر للطلاق أقساما متعددة . وأنهم يبينون متى تعد تلك العيوب مبررا للطلاق ومتى لا تعد كذلك . وقد عرض الربانيون كذلك لصور متعدده يكون للرجل فيها أن يطلق زوجته استنادا الى مبررمعين . وفى جميع هذه الحالات تكلم القراءون والربانون عن

= وإذا كان دور القضاء يقتصر فى حالة الاتفاق لدى القرائين على هذا ، فانه يقرب من دوره بالنسبة للربانيين ، مع مراعاة أنه ، حتى فى حالة الاتفاق على الطلاق ، بالنسبة للربانيين ، فانه لا يقع صحيحاً إلا إذا تم أمام السلطة الشرعية .

مدى استحقاق المرأة لحقوقها متى قام مبرر من المبررات التى تكلموا عنها ونعرض فيما يلى لبيان متى يقوم المبرر فى الحالات التى تعرض لها الربانيون والقراءون ، كما نبين أثر توافر المبرر على حقوق الزوجة .

(١) عدم البكارة: يعتبر عدم البكارة مسوغا للطلاق لدى كل من الربانيين والقرائين . فقد نصت القواعد الخاصة بالربانيين على أن « ظهور عدم البكارة يبيح للرجل الطلاق » ، وفى هذه الحالة يثور الأمر بالنسبة لحقوق المرأة . فاذا « أثبت الزوج أنها تصرفت فى بكارتها أو هى أقرت بذلك أو أبت أن تحلف اليمين فلا حق لها إلا فيما دخلت به» (م ١٥٣). وإذاظهر عدم بكارتهاوحلفت بأنها لم تعرف رجلا قبل زواجها ، كان على الرجل أن يرد «مافىالعقدمن الحقوق مخصوما منها قيمة المهر الشرعى »[1] ومن الطبيعى أن يكون عدم البكارة ثابتا . لكن إذا ادعى عدم البكارة كذبا ، فانه يمنع من طلاقها ، على ما بينا .

ويعتبر عدم البكارة مسوغا للطلاق لدى القرائين كذلك لأنها تدخل تحت ما نصوا عليه من «إتيان مايمس الشرف » . وهم يفرقون بين ما إذا ثبت الفعل بها مختارة أومكرهة قبل الخطبة، وبين ما إذا ثبتت كون الفعل قبل العقد ، وفى

---

(١) أنظر المادة ١٥٢ . فاذا « ادعت أن سبب زوال البكارة عارضى صدقت بعدقبولها الحرمان الشرعى » (م ١٥٤) . وقد قضت محكمة النقض أنه اذا كانت الزوجة قد قدمت بائنة ، ثم حكم بطلاقها لعدم البكارة فان المهر يخصم مما للزوجة من الحقوق حتى ولو لم يطلب الزوج ذلك . والقضاء بهذا لا يعد قضاء فى أمر لم يكن مطروحا فى الخصومة « ذلك أن الخصومة بين الطاعنة والمطعون عليه كانت تقوم على تصفية الحقوق المالية التى لكل منهما قبل الآخر نتيجة لانفصام عرى الزوجية بينهما . والمهر والمطالبة برده أو خصمه هو مما تتناوله هذه الحقوق ، فهو يتدرج فى عموم دفع المطعون عليه للدعوى » أنظر نقض فى ٢٧ يونيه ١٩٥٧ طعن رقم ٣ س ٢٦ ق أحوال شخصية . مجموعة المكتب الفنى س ٨ عدد ٢ رقم ٧٤ ص ٦٥٣ .

هذه الحالة الأخيرة انقسم العلماء ، ولـكن صاحب الشعار يخلص إلى أن الرجل مخير إن شاء أمسك وإن شاء طلق بلا مؤجل .[١]

وقد تعرضت شريعة الربانيين والقرائين لاثبات عـدم البكارة . ويتفق الطرفان على أن دعوى إنكاره البكارة لا تقبل إذا لم تـكن على أثر أول اختلاء بالزوجة . فاذا كان قد اختلى بها قبل الزواج أو كانت دعواه بعد الوقت اللازم، فلا تقبل لجواز أن يكون قد أبغضها فيفترى عليها .[٢]

(٢) **عيب المرأة** : إذا ظهر أن المرأة معيبـة بحيث لا تليق للرجال ، كان للزوج أن يطلقها ، وفى هذه الحالة ينص الربانيون على أنه لا يكون لها عند الطلاق إلا ما دخلت به [٣] .

ويعتبر عيبا شرعيا « كل زيادة أو نقص أو تلف أو فساد أو أى رائحـة كريهة فى المرأة »[٤] .

---

(١) أنظر تفصيلا لهذا فى شعار الخضر ص ١٢٢ ـ ١٢٤ .

(٢) أنظر المادة ١٥١ من ابن شمعون ، وشعار الخضر ص ١٢٢ . وأنظر تفصيلا فى مسألة الاثبات ص ١٢٢ - ١٢٣ من شعار الخضر ، وتنص المادة ١٥٠ من ابن شمعون على أنه « اذا ادعى الرجل ان زوجته ليست بكراً وهى أنـكرت عليه ذلك ، وتعذر الاثبـات فالرجل يصدق بعد قبوله الحرمان الشرعى » .

(٣) فاذا هى ادعت اللياقة ، فحصت شرعا ، وبقيت بلا نفقة حتى يتم الفحص (م ١٥٨ من ابن شمعون) .

(٤) م ١٦٠ من ابن شمعون . وهذا ما يعد عيبا كذلك لدى القرائين ، إذ عنـدهم قد يكون العيب هينا مقبولا كالنمش وأثر الجدرى ، وقصر النظر مع سلامة العينين ، والسحابة غير المضرة بها . وقد يكون غير هين لا يقبل كالريح الخبيثـة فى الفم أو الأنف ، والبهاء والصمم ، وبالجملة كل عاهة لا يرجى برؤها ولا يطاق احتمالها (ص ١٢٧ شعار الخضر) .

ويفرق بالنسبة لحقوق المرأة بين علم الزوج بالعيب أو عدم علمه به . فاذا كان العيب ظاهرا غير خفى ، أو علم به الرجل وسكت ، عد راضيا به ؛ وإذا رغب فى الطلاق ، مع ذلك ، لزمته حقوق زوجته جميعها . أما إذا لم يكن يعلم بالعيب ، فليس لها عند الطلاق إلا ما دخلت به ، بكرا كانت أم ثيبا [(١)] .

(٣) **تكرر الاجهاض** : نصت القواعد الخاصة بالربانيين على أنه إذا تكرر الإجهاض بعد الزواج ثلاث مرات تلو بعضها ، جاز للرجل الطلاق ، وللزوجة مالها فى العقد من الحقوق (م ١٦٧). وقد نص القراءون على هذ الحكم كذلك [(٢)] .

(٤) **منع الزوجة نفسها عن الزوج** : إذا منعت الزوجة نفسها عن زوجها، فقد نص الربانيون على أنه ليس لها غير ما هو موجود مما دخلت به، ولا حق لها فيما اشتراه لها من ماله أو أهداه إليها ، هذا إذا كان امتناعها لكراهيتها إياه (م ١٦٩) [(٣)] . فاذا كان امتناعها لمخاصمته ومنازعته إياها أنذرها الشرع بضياع حقوقها أربع مرات متواليات فى كل أسبوع مرة . فاذا بقيت على امتناعها وأبت الطلاق ،

---

(١) هذا عند الربانيين ، أنظر المادتين ١٦١ و ١٥٩ على التالى . ولا يختلف الحكم كذلك لدى القرائين ، إذ عندهم إذا كان المسوغ معلوما للرجل قبل الزواج ، فلا بغير مؤجل يطلق ، أما إذا لم يكن معلوما فبلا مؤجل .

وإذا ثار الخلاف حول العلم بالعيب أو الجهل به فان الربانيين ينصون على أن « إثبات العلم على الزوجة ، وعلى الرجل النفى » (م ١٦٢) كما أنه « لا تقبل جهالة الرجل بالعيب مهما كان خفيا إذا دخل على المرأة ولم يتكلم » (م ١٦٣) .

(٢) فقد جاء فى شعار الخضر (ص ١٢٠) أنه « إذا توالى الإجهاض ثلاث مرات تلو بعضها ، فهى ثكلى يطلقها بالحقوق عدا المؤجل » .

(٣) وعند القرائين ، إذا ادعى امتناعها عنه ، واتضح صدقه وأنها تمنع نفسها عنه يقينا سألوها السبب ، فان قالت لبغضى إياه ، وجب عليه طلاقها بلا حقوق (شعار الخضر ص ١١٧-١١٨) .

انتظر عليها سنة لا تجب فيها النفقة . فاذا مضت بلا ثمرة يؤمر بالطلاق ، وليس لها إلا ما هو فى حيازتها مما دخلت به (م ١٧٠) [١] .

(٥) **كراهة الزوجه لزوجها** : إذا كرهت المرأة الرجل وأبت الطلاق منه ، فقد نص الربانيون علي أنها تمهل سنة ، فاذا رغبت فى الصلح قبل مضى السنة والرجل يأبى إلا طلاقها فعليه حقوقها . وإذا كانت رغبتها فى الصلح بعد انقضاء السنة فالرجل مخير ، فله أن يطلق ولا حقوق لها (م ١٧٢) [٢] . وإذا رفضت الزوجة الطلاق فى الحالتين السابقتين ، جاز قبول الطلاق بلا توقف على حضورها أو إرادتها (م ١٧٣) .

وإذا كان للكراهة عند الزوجة عذر مقبول كأن كان الرجل مقامرا أو مسرفا أو سكيرا أو ساقط الأخلاق أو مهدداً لها فى نفسها أو فى مالها ، فلا تعد كارهة شرعا ، وإنما للسلطة الشرعية النظر والحكم فى شأنها (م ١٧٥) .

هذا ويراعى أنه لايجوز للرجل التزوج علي زوجته الكارهة قبل طلاقها شرعا (م ١٧٦)

---

(١) وهذا هو الحكم عند القرائين ، إذ نصوا على أنه إذا كان السبب غير بغضها له كقولها معذبى فى كذا أو متعبى فى كذا ، أو لأنه يهينى ، أو ما أشبه ذلك ، أمهلوها ونصحوا لها ، فاذا بقيت على حالها ، فهى ناشز وأنذروها بضياع حقوقها فعلا ، عدا ما قد يكون فى حوزتها من الجهاز . ولا تعطى إليها وثيقة الطلاق قبل سنة ، ولاتلزمه فيها النفقة (شعار الخضر ص ١١٨ وانظر كذلك ص ١١٥) ، وقد جاء بالهامش ١ تعليقا على هذا : « لعلها ترعوى وتنصاع . والمعنى أنها لا تقتص لنفسها بالامتناع عن زوجها وإنما تمتثل ، وإذا كان لها ظلامة فأمامها الشرع » .

(٢) إذا مضت السنة ولم يحصل صلح وتوفيت الزوجة فلا يؤثر هذا على الميراث . أما إذا توفى الرجل وكان قد مضى شهر بعد السنة ، فحقوق المرأة ساقطة شرعا (م ١٧٤) .

هذا وتنص المادة ٣٢٧ على أنه « يجوز تسويف أمر الطلاق سنة أو أقل يفرق فيها بين الزوجين فى حالة كراهة الزوجة إياه ... » .

(٦) مخالفة الشرع أو الأدب : تعد الزوجة مخالفة للشرع إذا ارتدت أو أطعمت زوجها بغير علمه شيئا محرما شرعا ، أو تكتمت الطمث حيث يجب عليها الإخبار به ، أو هددت زوجها بالأذى .[١] وتعد الزوجة مخالفة للأدب إذا خرجت عن اللياقة والاحتشام أو تعدت على زوجها أو أبويه بالسب أو الشتم[٢] . وإذا ماثبت على الزوجة مخالفتها للشرع أو الأدب، سقطت حقوقها[٣] .

---

(١) المادة ١٧٨ من ابن شمعون . وهذا هو ما جاء فى الشعار بالنسبة للمستهينة بشرع النبى عليه السلام كأن تنذر نذورا حراما وتعمل بها ، وقد نهرها زوجها ولم تمتثل ، أو تحلف باطلا ، أو تطعمه النجس أو ماليس بحلال ، أو تفارشه وهى حائض ، وبالجملة كل مارقة عن الدين شرعا أو عرفا ، وهى فى هذه الحالات جميعها تطلق بلاحقوق عدا ما يكون فى حوزتها من الجهاز (ص١٢٠ ـ ١٢١ شعار الخضر) .

(٢) م ١٧٩ من ابن شمعون ، ويعتبر مسوغا لدى القرائين كذلك سب الوالدين (ص ١٢٧ شعار الخضر) ويمكن أن يلحق بهذا السبب لدى القرائين كذلك ما نصوا عليه بالنسبة للمعرضة نفسها للابتذال فى الطرق والأسواق بلاعلم زوجها ، والمداعبة والمخالطة للأدنياء (ص ١٢٠ وكذلك ص ١٢٧ من شعار الخضر) . وهذا فى الواقع ما يعد سوء سلوك . ولكن الأمر للزوج فلا يأخذ حكم الزنا من حيث جعل الطلاق اجباريا كما سنرى . والأمور السابقة تدخل فى تقدير قاضى الموضوع كما قررت محكمة النقض فى حكمها ١٠ يناير ١٩٥٧ رقم ٢٥ق أحوال شخصية مجموعة المكتب الفنى س ٨ عدد ١ رقم ٥ ص ٦٠ .

هذا وقد نصت المادة ٢٣٠ من ابن شمعون على حالة يكون فيها الطلاق من الأمور المستحسنة إذ قضت بأنه « إذا ساءت أخلاق المرأة أو خرجت عن الحشمة ، نخير لزوجها أن يخلى سبيلها مع تأدية حقوقها ، ولو كانت أول زوجة له » .

(٣) م ١٧٧ من ابن شمعون . والنص مطلق عند الربانيين ، أما القراءون فينصون على أنها فى حالة الخروج عن الشرع « تطلق بلا حقوق عدا ماهو فى حوزتها من الجهاز » .

ولكن سقوط حقوق المرأة فى هذه الحالة يكون بعد أن يشهد عليها وينذرها بذلك . وقد نص على هذا الربانيون والقراءون فعند الربانيين يكون «على الرجل أن يشهد على زوجته عند مخالفتها الأدب شاهدين عدلين ، وينذرها أمامهما بسقوط حقوقها إذا عادت إلى المخالفة ، وبهذا تسقط حقوقها عند الطلاق ، وإلا فلا » . وهذا المعنى هو ما جاء به شعار الخضر (ص ١٢١) إذ يرى علماء القرائين أن تنذر المرأة أولا فى آداب الدين بسقوط حقوقها لجواز جهل بعضهن بها . أما فيما هو من الدين محضاً ، فلا ضرورة للإنذار ، ويرجح صاحب الشعار تعميم الانذار نظراً لاهمال تعلمهن الدين فى الوقت الحاضر . وإذا جحدت كونها أنذرت أو أنكرت كونها فعلت ما ينسب لها ، ولا ثبوت عليها صدقت بلعانها .

(٧) **عقم المرأة :** إذا ثبت عقم المرأة، فان القواعد الخاصة بالقرائين تجعل للرجل أن يطلقها ، ويكون لها حقوقها ، عدا المؤجل . وذلك إذا كان قد مضى لعقمها عشر سنين[١] . وهذا هو الحكم لدى الربانيين، إذ ليس للرجل أن يطلق زوجته لعلة العقم ، إذا لم يمض لها عشر سنين لم ترزق فيها ؛ وإذا كانت غير بكر ، فخمسة ؛ وفى هذه الحالة يكون للزوجة مالها من الحقوق فى العقد[٢] .

خاتمة هذه صور متعددة لحالات يتم فيها الطلاق بمسوغ شرعى ، وقد رأينا مدى ما يأخذ به كل من القرائين والربانيين ومدى ما للمرأة من حقوق فى كل حالة منها . وإذا كان للمسوغ أهميته على هذا النحو ، فاننا نعتقد أن الصور التى عرضنا لها ما هى إلا أمثلة لما يعتبر مسوغا ، والأمر بعد ذلك يرجع إلى القضاء الذى يعرض عليه تقدير المسوغ ، حتى يمكن أن تحرم المرأة من حقوقها أو يقضى لها بها ، بحسب توافر المسوغ أو عدم توافره . وقد رأينا أن القرائين يعرضون لصور

---

(١) ولا يحسب من هذه المدة زمن غيابه أو مرضه أو اعتقاله . وإذا أجهضت فمن وقت الاجهاض . وإذا ادعته وكذبها صدقت بلعانها (شعار الخضر ص ١٢٠ . وأنظر تعليق مراد فرج بهامش ٢ حيث ينتقد شرط المدة فى حالة ما إذا كان عقمها ثابتا حالا بصفة علمية قاطعة لا يرجى منه ، إذ لا معنى للانتظار عليها والحال هذه . ولو أن التزوج على الزوجة غير ممنوع أصلا إذا كان كفؤا . وانظر كذلك ص ٨٤ من شعار الخضر .

(٢) م ١٤١ و ١٦٤ من ابن شمعون . ويضيف النص الأخير أن العقم على هذا النحو «يوجب على الرجل شرعاً أن يطلقها» . وهذا هو الفارق بين نص القرائين الذى يجعل الطلاق للرجل ، فله أن يطلق أولا يطلق ، أما هنا فان النص يقضى بأنه « يوجب » عليه الطلاق . ولما كانت المادة ١٦٤ تنص على أن « للرجل أن يتزوج عليها إذا قبلت وكان ذا ميسرة » ، فان هذا يعنى أنه إذا توافر شرط قبولها والميسرة لا يطلقها . مما يفهم منه أن الطلاق ليس إجباريا فى جميع الحالات ، فلا يكون إجباريا طبقا لما يفهم من نص المادة ١٦٤ إذا رفضت وكان غير قادر على الجمع بين أكثر من زوجة ، إذ فى هذه الحالة يجب الطلاق .

ولا خلاف بين القرائين والربانيين فى كيفية احتساب المدة التى يمكن التطليق بعدها على ما بينا بالهامش السابق . أنظر كذلك بالنسبة للربانيين المادتين ١٦٥ و ١٦٦ .

متعددة لما يعتبر مسوغا ، وهي من العمومية ، بحيث تدخل فيها صور كثيرة ، يقدرها القضاء ، فيقضى بحرمان الزوجة من حقوقها متى توافر واحد منها . إذ عندهم - كما قدمنا - قد يكون المسوغ ماسا بالدين ، وقد يكون في الخلق أو الخلُق . وقد عرضنا فيما سبق لتطبيقات تدخل تحت هذين القسمين الرئيسيين ، وبالاضافة إلى مابيناه من قبل هناك حالة يتوافر فيها المسوغ ، وتندرج تحت القسم الثاني وهي حالة **سوء المعاملة** ككثرة النزاع وشدة المعاندة والوقاحة .

ثالثا : الوكالة فى الطلاق

٢٠٢مكرر (١٠) الطلاق فى مواجهه الزوجه - الرسول والوكيل : إذا توافرت شروط الطلاق ، فانه قد يتم فى مواجهة الزوجة ؛ وفى هذه الحالة يدفع الزوج إليها وثيقة الطلاق ، على أن تسلم إليها بهذا الوصف ، بطبيعة الحال [1] . وإلى جانب ذلك فانه يصح أن يتم الطلاق فى غير وجودهما معا . وقد يكون الرجل غائبا ؛ وقد تكون المرأة كذلك .

أما بالنسبة للرجل ؛ فان له عند الربانيين [2] ، حتى ولو كان غير غائب عن البلد ، أن يوكل عنه فى تسليم وثيقة الطلاق ومشافهة المطلقة [3] . وفى هذه الحالة

---

(١) فاذا ماسلمها إليها بوصف كونها شيئا آخر غير الطلاق ، ثم علمت وسكتت فطالق . وإذا رفضتها فلا طلاق (شعار الخضر ص ١٣٥) . وتنص المادة ٣٥٤ من ابن شمعون على أن « يسلم الرجل بيده وثيقة الطلاق إلى يد مطلقته قائلا لها : استلمى وثيقة طلاقك فأنت طالق وصرت حلا لغيرى » .

(٢) أما عن القرائين فانه لايجوز توكيل الرجل غيره بالطلاق (ص ١٢٧ شعار الخضر) وإنما له أن يرسل إليها الوثيقة على يد رسوله .

ويحصل التوكيل أمام السلطة الشرعية وقت الطلاق (م ٣٥٧ من أبن شمعون) .

(٣) «يخاطب النائب المطلقة بمانصه : «هذه وثيقة طلاقك من مطلقك فلان أسلمها إليك عنه» فهو طلقك وصرت حلا لغيره » (م ٣٥٦ من أبن شمعون) .

لا يتم الطلاق شرعا إلا بعد التسليم إليها (٣٥٥ من ابن شمعون) . ونتيجة لذلك يظل الرجل مسئولا عن مؤنة زوجته كالمعتاد ، حتى يؤدى الوكيل رسالته إذ تظل الزوجية قائمة إلى أن يتم تسليم الوثيقة إلى الزوجة . كما أنه يجب أن يتم تسليم الوثيقة فى حياة الزوج حتى يقع الطلاق . وعلى ذلك اذا مات الرجل قبل أن يؤدى الوكيل الرسالة ، فلا يقع الطلاق.[1]

أما القراءون فقد تكلموا عن إرسال الوثيقة إلى الزوجة على يد رسول . فاذا أرسلها على يد رسوله وتلفت قبل توصيلها فعلا ، فلا طلاق . كما أنه إذا نقض طلاقه بعد تسلم الرسول الوثيقة ، وأشهد علي النقض المذكور، وكان ذلك قبل أن تصل الوثيقة ليدها ، فلا طلاق أما إذا كان النقض بعد وصول الوثيقة ليدها ، أو حتى فى وقت التوصيل ، فانها تصير طالقا [2] . واذا أشهد الرجل أن الوثيقة لاغية باطلة فلا طلاق [3] ، مالم يطلق من جديد بوثيقة أخرى .

وقد نص القراءون كذلك على أنه إذا مرض الرسول أو تكاسل ، فله أن يستأمن غيره عنه ، كما أن لهذا أيضا أن يستأمن ، بشرط أن يكون أمينا

---

(١) أنظر المادتين ٣٥٨و٣٥٩ من ابن شمعون ، وكل هذه الأحكام خاصة بالربانيين، على أساس أن القرائين لا يجيزون للزوج التوكيل بالطلاق .

(٢) هذا ماجاء فى شعار الخضر ١٣٦ . ومع ذلك فانه قد جاء بالتعليق علىهذا (هامش ١ من الصفحة ذاتها) أنه إذا كان وقت النقض هو عين وقت التوصيل ، فأرى أن لا طلاق ، فانه تناقض، فى وقت واحد طلاق وعدول عنه ، فهو كمن يقول لامرأته خذى وثيقة طلاقك ، وقبل أن يسلمها ليدها بالفعل قال لا ، بل عدلت ، فهو غير مطلق .

(٣) وقد جاء بهامش ٢ من المرجع السابق ص ١٣٦ أنه لا طلاق هنا « سواء أكانت الوثيقة تسلمت ليد المرأة أم لم تكن تسلمت إليها بعد ، فان النقض هنا واقع على الوثيقة ذاتها باعتبارها لاغية باطلة رأساً . وينبغى تأويل الشك دائما إلى جانب المرأة ، ضرورة كراهة الطلاق » .

يقينا ، حرصا على الوثيقة وتوصيلها إلى المرأة بالفعل [١] . هذا ولما كان لمعرفة الوقت الذى تصل فيه الوثيقة أهميتـه ، فانه قد نص على أن على القائمـين بأمر الشرع أن يحرصوا على أوقات إرسالها أو تسليمها ، فيثبتوها بالدقة والضبط بلا تقديم ولا تأخير [٢] .

وبالنسبة للمرأة ، فان لها أن توكل عنها لقبول الطلاق، وفى هذه الحالة يتم الطلاق بقبول الوكيل . ولا خلاف فى هذا الحكم بين الربانيين والقرائين [٣] ويجب الاشهاد على هذا التوكيل [٤]

هذا وتجيز شريعـة القرائين للوكيل أن يوكل عن نفسه ، ويبـدو أنهم يخالفون الربانيين فى هذا فاذا حصل توكيل من الوكيل نفسـه ، فانه يجب الإشهاد على ذلك أيضا [٥] .

---

(١) ويجب الإشهاد على الرسالة والاستئمان أصلا وفرعا ، وأن تكون التوقيعات معروفة لدى الجهة الشرعية الحاصل بها الطلاق ، كما يجب الاشهاد على تسليم الوثيقة إلى المرأة (أنظر ص ١٣٧ شعار الخضر) .

(٢) شعار الخضر ص ١٣٦ .

(٣) م ٣٦٠ من ابن شمعون وص ١٣٦ و ١٣٧ من شعار الخضر . وقد جاء بهذه الصفحة الأخيرة أنه « لا يجوز توكيل الرجل غيره بالطلاق ، وإنما يجوز للمرأة أن توكل بقبوله » . كما جاء فى ص ١٣٦ أنه « إذا كان التسليم هو على يد وكيل مأذون منها بذلك ، فطلاق منذ وقت هذا التسليم ، ولو لم يكن الوكيل المذكور سلمها إليها بعد » .

وتنص المادة ٣٦١ بالنسبة للربانيين على أنه « يخاطب الرجل وكيل المطلقة بما نصه : هذه وثيقة طلاق فلانة بنت فلان استلمها عنها ، فقد طلقتها ، وصارت حلا لغيرى » .

(٤) تنص م ٣٦٢ بالنسبة للربانيين على أنه «يجب أن يكون التوكيل شرعياً بحضرة شاهدين » . وهذا هو الحكم لدى القرائين كذلك . (انظر ص ١٣٧) . هذا وتنص المادة ٣٦٣ بالنسبة للربانيين على أنه « عند حصول الطلاق فى وجه وكيل الزوجة تحرر السلطة الشرعية محضراً به » .

(٥) ولكن الأستاذ مراد فرج من القرائين لايوافق على ماجاء فى شعار الخضر فى =

كما انفرد القراءون بإمكان أن يتم توصيل الوثيقة على يد رسول الزوجة . وفى هذه الحالة إذا أرسلت الوثيقة على يد رسولها ، وتلفت قبل توصيلها فلا طلاق . وذلك بخلاف ما إذا كان التسليم على يد وكيلها المأذون منها بذلك ، فإنها تعتبر طالقا من وقت هذا التسليم [١] . وإذا وكلت المرأة بقبول الطلاق عنها ولكن الزوج اعتبر وكيلها رسولا ، لا وكيلا ، وسلم إليه الوثيقة بهذا الوصف ، ظل له الحق فى العدول عن الطلاق حتى آخر لحظة قبل وصول الوثيقة إلى المرأة . وإذا اعتبره رسولا عن نفسه لا عنها ، وأبت أن تقبل الوثيقة منه بهذا الوصف فلا طلاق [٢] .

شروط الرسول أو الوكيل : رأينا أن القرائين فقط هم الذين ينظمون الأحكام الخاصة بالرسول ، أما أحكام الوكالة فقد نظمها الفريقان معا .

وقد عرض القراءون شروط كل منهما ، فأوجبوا ألا يكون الرسول أو الوكيل وقت التسلم والتسليم أجنبيا (غير يهودى) ، ولا عبداً لآخر ، ولا أخرس

= هذا الصدد ، ويرى منع الوكيل من إنابة غيره عنه ، مالم يكن مأذونا بذلك ، لأن التوكيل ثقة من الموكل بالوكيل ، ولأن الطلاق يتم شرعا من وقت تسليم الوثيقة إلى الوكيل ، ولو لم يكن وصلها بعد إلى المرأة خلافا للرسول ، فإن الطلاق لا يتم معه إلا من وقت تسليمه الوثيقة إلى المرأة لا من وقت أن يتسلمها هو (ص ١٣٧ شعار الخضر بالهامش) .

(١) وتسرى هنا أيضا نفس الأحكام التى سبق أن رأيناها بالنسبة لرسول الزوج .

(٢) وإذا ادعى رسولها الوكالة عنها كذبا وتسلم الوثيقة بهذا الوصف الكاذب ، فلها أن تقبل منه . ولكنها إذا كانت وكلته يقينا وتسلم الوثيقة عنها بوصف كونه رسولها لا وكيلها وجاء بها إليها فهى طالق وليس لها أن تحتج . وعلى الرسول أن يشهد عليها عند تسليم الوثيقة إليها ، وعلى الشهود أن يقرأوها قبل التسليم للتحقق أنها وثيقة طلاق صحيحة . فإذا أتلفت قبل قراءتها وتسليمها فطلاق فاسد ... (انظر ص ١٣٨ شعار الخضر) .

ولا غير عاقل ، ولاصغيراً ، ولا ممنوعا من الشهـــــادة . ويجوز أن يكون امرأة[1] .

أما الربانيون فقد استلزموا أن تتحقق السلطة الشرعية من أن الموكله عنهـا فى قبول الطلاق ليست قاصرة أو غير مميزة . إذ أن التوكيل من الصغيرة غير جائز ، وإنما لأبيها أن يقيم لها وكيلا لقبول الطلاق ، إذا لم يكن إلا مجرد تقديس[2] .

وقد عرض الربانيون لصور أخرى يتم فيها قبول الطلاق بالوكالة. (١) فللسلطة الشرعية أن تقيم لمن اعتنقت ملة أخرى وكيلا يقبل عنها الطلاق إذا امتنعت (٢) وإذا خرج الزوج عن الملة وأراد أن يطلق فى غياب الزوجة أقام لها وكيلا يدفع إليه وثيقة الطلاق قائلا له أيضا « تزك بقبول الطلاق عنهـا » . (٣) إذا فجرت المرأة وتوقفت عن الحضور ، أقامت لها السلطة وكيلا يقبل الطلاق عنها قائلا له الرجل أيضا نفس العبارة السابقة[3] .

---

(١) ولكن يلزم ألا تكون معادية كالحماة وبنتها والضرة ، وبنت الزوج . إذ لا يوثق بهن فى الرسالة ، لجواز كونهن يختلقن الطلاق كيداً للمرأة لتتزوج فتحرم على زوجها (انظر ص١٣٨ من شعار الخضر) .

(٢) المادتان ٣٦٤ و ٣٦٥ من ابن شمعون . وعند القرائين يكون أمر الصغيرة ذات الأب فى يده ، يزوجها ويقبل طلاقها . وإذا مات فلا تطلق حتى تبلغ ، إذ أن الطلاق يكون بتسليم الوثيقة ، فوجب أن تكون مميزة . ولذا فابوها يقبل الطلاق عنها (ص ٧٢ شـعار الخضر) .

(٣) المواد ٣٦٦ – ٣٦٨ من ابن شمعون . ويراعى أنه فى حالة الخروج عن الملة ، فان شروط تطبيق الشريعة اليهودية لا تتوافر ، وتكون الشريعة الاسلامية هى الواجبة التطبيق .

الفرع الثانى

الطلاق لحق الزوجة ولحق الشرع

٢٠٢ مكرر (١١) تمهيد : رأينا أن الطلاق يتم بارادة الزوج ، وأنه يلزم لذلك توافر شروط معينة . كما رأينا أن الطلاق يمكن أن يتم بناء على طلب الزوجة ، أو رعاية لحق الشرع . والواقع أن الفصل بين هذه الصور من صور الطلاق ، سواء لحق الزوج ، أم لحق الشرع لا يتضح بجلاء فى المراجع التى بين أيدينا فى الشريعة اليهودية . ولعل مصدر الخلط أنهم يتكلمون دائما عن حق الرجل فى الطلاق ، حتى ولو تعلق الأمر بحق المرأة أو بحق الشرع . إلا أنه يمكن القول أنه إذا كان لأى من الزوجين التنازل عن حق الطلاق فى صورة من الصور كان ذلك لتعلقه بالحق الخاص لأى من الزوجين . أما إذا تعلق الأمر بحق الشرع ، فانه لا يمكن التنازل عنه . وإذا كان هذا المعيار ليس حاسما فى جميع الحالات نظراً لأن المراجع المشار إليها لا تفرق تفريقا دقيقاً ، فاننا قد حرصنا فى الفروض التى أوردناها أن نبرز ما إذا كان الطلاق إجبارياً أم أنه يترك لأى من الزوجين . وإذا كنا قد عرضنا فيما سبق للطلاق الذى يتم بارادة الزوج ، فاننا نعرض فى هذا المجال للطلاق الذى يتم مراعاة لحق الزوجة أولحق الشرع ، مع مراعاة ماسبق لنا بيانه من أنه إذا أبى الزوج الطلاق فانه يجبر عليه ، وإلا قام القضاء مقامه فى هذا الصدد ، على خلاف بين الربانيين والقرائين . ونعرض أولا للطلاق بناء على طلب الزوجة ، ثم نعرض بعد ذلك للطلاق مراعاة لحق الشرع .

أولا : الطلاق لحق الزوجة

٢٠٢مكرر(١٢) استلزام المسوغ ـ تطبيقاته : إذا كان للزوجة أن تطلب الطلاق ، فانه يتعين أن يكون لذلك مسوغ ، وفى هذه الحالة يجبر الرجل على الطلاق « فكما تطلق المرأة مختارة ومكرهة ، يطلق الرجل كذلك مختاراً ومكرهاً ». وهذا هو مذهب القرائين، بخلاف الربانيين الذين يرون «أن الرجل يعقد مكرهاً ويطلق مختاراً والمرأة تقبل العقد عليها مختارة وتطلق مكرهة » ، مع أن الربانيين يقولون باجبار الرجل شرعا أو سياسة ليطلق ويعطى وثيقةالطلاق. ويفسر صاحب شعار الخضر موقف الربانيين فى هذا الصدد بأنه « ربما كان المعنى عندهم أن يكون الإجبار ليرضى ، أما ترضى المرأة ، فلم يحفلوا به[1] » .

وقد أورد شعار الخضر حالات يكون فيها للمرأة طلب الطلاق حيث يتوافر المسوغ ، فنص على أن « محل تكليف الرجل بالطلاق ما إذا تزوج عليها غدرا بها ... أو إذا قصر فيما عليه من الواجبات الشرعية ، أو مرض وأزمن المرض وقطع رجاء الشفاء ، أو إذا كان عاقراً ، أو كان به شىء لا يحتمل كبخر الفم أو الأنف أوغير ذلك... »[2]. على أنه إذا كانت الحالات السابقة ليست على سبيل الحصر[3] ، فانها من العمومية بحيث تدخل تحتها صور كثيرة

---

(١) شعار الخضر ، ص ١٢٨ . وقد جاء بهامش ١ من هذه الصفحة أن الرجل يعقد مكرها فى حالة ما إذا اغتصب الفتاة ، فلها أو لأبيها شرعا تزويجها به ، ملافاة للأمر . ولكنه قد لا يقبل ، فاذا قبل فبرضاه على كل حال . نعم قد يتوقف أهل الشرع من تزويجه بغيرها أو يحرمونه الحرمان الشرعى حتى يتزوج بمغصوبته أو يراضيها . ولكن زواجه بها على كل حال يعد فى الحقيقة برضاه ، فان له أن لا يقبل .

(٢) شعار الخضر ، ص ١٢٨ .

(٣) فقد ذكرت حالات أخرى فى غيرهذا الموضوع يكون فيها للمرأة طلب الطلاق من=

تعد مسوغات تجعل للمرأة طلب الطلاق .

أما بالنسبة للربانيين ، فقد نص كذلك على صور يتوافر فيها المسوغ ، ويكون للمرأة طلب الطلاق . ويراعى فى شأن الربانيين أنه إذا كان يباح للزوج أن يطلق ولو لعدم الميل إلى زوجته ، فانه ليس للزوجة أن تطالب التطليق إلا لمسوغ معلوم ، وإذا ما تحقق القضاء من توافره كلف الرجل بالطلاق على نحو ما قدمنا . فدور القضاء يختلف فى تقديره المسوغ بحسب ما إذا كان طالب الطلاق هو الرجل أم كانت هى المرأة .

وسنعرض فيما يلى لما ورد من تطبيقات فى هذا الشأن ؛ سواء لدى الربانين أم لدى القرائين ، حيث يتوافر فيها المسوغ ، بالنسبة للمرأة ويكون لها أن تطلب الطلاق .

١ — **المرض المانع** : إذا قام بالرجل مرض مانع ، وأزمن هذا المرض ، ولم يكن هناك أمل في شفائه جاز للمرأة طلب الطلاق . ولا بد فى هذه الحالة أن يكون المرض مانعا من المباشرة ، كما لا بد أن يستمر مدة معينة هي ستة أشهر ، وبشرط أن يقطع رجاء الشفاء . فاذا كان يرجى شفاؤه ، كان للسلطة الشرعية مد المهلة . وقد نص الربانيون والقراءون على هذا الحكم[1] ، وفى هذه الحالة ،

= ذلك ما نص عليه من وجوب النفقة والكسوة والاحصان ، وإلا فالطلاق إذا قصر . ما لم تعف ، (انظر ص ١١١ - ١١٣ من شعار الخضر) ، وإن كانت هذه الحالات تدخل تحت ما يلتزم به الزوج لزوجته من الناحية الشرعية .

(١) فقد أورد ابن شمعون م ١٢٧ أنه « إذا منع الرجل مرض صبرت امرأته ستة أشهر . فاذا لم يشف جاز لها طلب طلاقها ... » ونصت م ١٢٨ على أنه « إذا كان المرض يرجى شفاؤه فللسلطة الشرعية مد المهلة » . وبالنسبة للقرائين ، جاء فى شعار الخضر ، (ص ١٢٨) أن الرجل يكلف بالطلاق « إذا مرض وأزمن المرض وقطع رجاء الشفاء » كما جاء (ص ١١٣) أنه إذا كان مريضا ومنعه المرض عنها ستة أشهر ، وطلبت الطلاق ألزموه به.

إذا ما توافرت شروط هـــذا السبب ، عدا مسوغا للطلاق ، ويحكم للمرأة بحقوقها[١] .

٢ ـ **العنة والعقم** : إذا كان الرجل عنينا أو عقيم الماء جاز للمرأة طلب الطلاق . ولا خلاف فى هذا الحكم لدى الربانيين والقرائين[٢] . ويستلزم الربانيون لجواز طلب الطلاق فى هذه الحالة أن تكون « الزوجة فى عوز إلى غلام » ، وأن يكون قد مضى عشر سنين إذا كانت بكر أو خمس سنين إذا كانت ثيبا ، طبقا لما سبق بيانه بالنسبة لعقم الزوجة ، وألا يكون غرض الزوجة هو حصولها على حقوقها[٣] .

وإذا ما تحققت العنة أو العقم ، وتوافرت الشروط المطلوبة ، كان للمرأة أن تطلب الطلاق ، وفى هذه الحالة يكون الحكم به واجبا ، فيكلف ه الرجل

---

(١) وقد جاء فى م ١٢٧ للربانيين أنه يكون لها « مؤجل الصداق » . كما جاء فى شعار الخضر (ص ١١٣) أنه يكون على الرجل « كل مالها فى ذمته ، ما لم تعف » (أى ما لم تعف عن الطلاق تعففا وتأدبا)

(٢) انظر م ٢١٠ للربانيين وكذلك ص ١١٣ و ١٢٨ من شـعار الخضر وكذلك « القراءون والربانون » لمراد فرج ١٦٩ .

(٣) وقد نص القراءون على شرط المدة وأوجبو ألا يكلف الزوج بالطلاق ـ إذا ما طلبته الزوجة ـ قبل عشر سنين .

وأنظر فى تطبيق هذا السبب لدى الربانيين حكم الاسكندرية الابتدائية (فى ١٢ مارس ١٩٥٧ رقم ١ س ١٩٥٧ غير منشور) وقد جاء به « إذا لم يثبت ما تتطلبه الشريعة الموسوية فى المواد ١٦٤ و ١٦٥ و ٢١٠ و ٢١١ من كتاب حاى بن شمعون ، فان العنة لا تتوافر ، وخاصة إذا لم تثبت على وجه قاطع ، بل بنيت على الترجيح . كما أنها قابلة للشفاء حسبما ورد بالتقرير الطبى الشرعى ، كما لم يثبت أن المدعية فى حاجة إلى غلام . وأهم من ذلك كله لم تمض على معاشرتها لزوجها مدة عشر سنين لأنها بكر . وبهذا فان استنادها إلى عنة الزوج لا يصلح سنداً لتطليقها » .

ويلتزم به . وللزوجة فى هذه الحالة حقوقها ، فلها مهرها وكل ما دخلت به[١] .

هذا وقد نصت المادة ٣٢٩ للربانيين على صورة خاصة لا يكون للمرأة فيها طلب الطلاق حيث لا تتوافر الشروط السابقة ، ولهذا يجعل النص أمر الطلاق للرجل ، ويجعله من الأمور المستحسنة . فقد نص على أنه « يجمل بالرجل أن يطلق امرأته إذا كان لا يصلح للنساء ، وقد عالج نفسه ثلاثة سنين ، ولم ينجح فيها علاج » .

٣ - **عيوب الرجل** : يجوز للمرأة طلب الطلاق إذا كان بالرجل رائحة كريهة فى أنفه أو فمه، لأنه يشتغل دباغا أو ما أشبه ذلك . وفى هذه الحالة إذا كان العيب لا يحتمل ، تجاب إلى طلبها ويكاف الرجل بالطلاق . والمهم فى هذا الصدد هو ألا يكون العيب محتملا. فاذا كان محتملا لا تجاب الزوجة إلى طلبها[٢] .

---

(١) تنص المادة ٢١٣ من ابن شمعون على أنه « اذا كان عقم الرجل محققاً وجب عليه الطلاق وللزوجة مهرها وما دخلت به بلا حرمان » . كما جاء فى شعار الخضر أنه اذا كان الرجل عنينا وطلبت الطلاق « ألزموه به » وفى هذه الحالة يكون عليه كل مالها فى ذمته مالم تعف (ص ١١٣) وفى ص ١٢٨ جاء أنه يكلف بالطلاق فى هذه الحالة ، وفى ص ١٢٠ جاء أنه « اذا ثبت عقمه فلها طلاقه بحقوقها » .

هذا وقد تعرضت القواعد الخاصة بالفريقين لمسألة اثبات العنة ، فجاء فى شعار الخضر (ص ١١٩) أنه « اذا ادعت العنة صدقت بلعانها ، فهى أولى من غيرها » - وجاء فى هامش ٣ « قد تكون كاذبة أو تتعمد الكذب وتتلاعن مع ذلك . فاذا كابرها الرجل وطلب الإثبات طبياً أجيب الى طلبه . كما جاء فى هامش ١٢٠ أنه « اذا نسب كلاهما العقم الى الآخر وادعت هى أن سببه العنة صدقت بلعانها . وما عدا ذلك يحكم فيه الطب » . أما الربانيون فقد نصت المادة ٢ على أنه « يجب أولا أن تقبل الزوجة الحرمان الشرعى على نفسها بأنها صادقة وحسنة القصد » .

(٢) ولا خلاف حول هذا الحكم لدى القرائين والربانيين . فقد جاء فى شعار الخضر (ص ١٢٨) أن الرجل يكلف بالطلاق « إذا كان به شىء لا يحتمل ، كبخر الفم أو الأنف =

٤ ـ **تقصير الزوج فيما عليه من الواجبات الشرعية :** وهذا فى الواقع سبب عام شامل لجميع الحالات التى لا يقوم فيها الزوج بواجباته الشرعية نحو زوجته. وقد أورد شعار الخضر هذا المسوغ على ما بينا من قبل ، وينطوى تحته كل إخلال بواجب من الواجبات التى تفرضها الشريعة على الزوج ، طبقا لماسبق عند الكلام عن آثار الزواج حال قيامه [١] . سواء كان الإخلال بواجب من الواجبات المشتركة بين الزوجين ، أم بواجب يفرضه عليه القانون للزوجة .وقد عرض كل من الربانيين والقرائين لأمثلة من هذا الاخلال من جانب الزوج ، والذى يتوافر معه المسوغ للمرأة فى طلب الطلاق . من ذلك ما نص عليه من إخلال الزوج بالتزامه بحسن المعاشره ، عن طريق الإساءة إليها بالضرب مثلا إذ نص الربانيون على أنه إذا اعتاد الرجل ضرب زوجته جاز إجابة طلبها الطلاق [٢] .

= أو غير ذلك » . انظر كذلك : مراد فرج : القراءون والربانيون ص١٦٩ . كما نصت م٢٠٦ للربانيين على أنه «إذا كان بالرجل رائحة كريهة فى أنفه أو فمه أو لأنه يشتغل دباغا وما أشبه جاز إجابة طلب زوجته الطلاق » . كما نصت م٢٠٨ على أنه «ومع ذلك للسلطة الشرعية النظر والفصل فى عدم استطاعة الزوجة تحمل زوجها » . ومن الواضح أن هذه العيوب المذكورة ليست إلا أمثلة ، كما أن للقضاء الفصل فى مدى إمكان تحمل الزوجة لهذا العيب ، ولهذا لا يكلف الرجل بالطلاق إلا إذا قررت المحكمة أن العيب لا يحتمل .

هذا وقد عرضت المادة ٢٠٧ للربانيين لحالة ما إذا علمت الزوجة بالرائحة أو الحرفة ورضيت ، إذ لا يكون لها طلب الطلاق فى هذه الحالة . كما يراعى أن هذا العيب يعد سبباً لرفض المرأة الزواج من أخ زوجها فى حالة الارصاد الشرعى (انظر م ٢٠٩ من ابن شمعون)

(١) انظر فيما سبق رقم ١٤٧ مكرر (٤) وما بعدها ص ٧٦٦ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٢) م ٢١٦ . ولا بد أن يثبت أن الزوج قد اعتاد ضرب زوجته وإلا لا يقضى بالتطليق وهذا ما أقره القضاء « استئناف القاهرة فى ١٩٥٦/٤/٢٥ رقم ١٤ س ٧٢ ق ، خفاجى ورابح ص ١١٢ » . بل إنه إذا حلفه الشرع أن لا يعود إلى ضرب زوجته وحنث ، أمر بالطلاق ودفع الحقوق . (م٢١٧) . كل هذا ما لم يكن للضرب باعث شرعى . فاذا كان =

ومن ذلك ما جاء بالنسبة لالتزام الزوج بالمساكنة ، إذ ليس له أن يسافر إلا باذن من الزوجة وفى هذه الحالة ينص الربانيون على أن للسلطة الشرعية منع الرجل عن السفر حتى يطلق زوجته ، إذا كانت الجهة المراد الانتقال إليها غير موافقة مهما كان اضطراره (م ١٩٤) [١].

= له باعث شرعى من جهة الزوجة فلا يصح لها طلب الطلاق (م ٢١٨) . وهذا الحكم يمكن إعماله لدى القرائين ـ انظر ص ١١٥ شعار الخضر .

وفيما يتعلق بالاخلال بالالتزام بحسن المعاشرة كذلك نص الربانيون على أنه اذا « تكدرت المعيشة لسوء أخلاق الزوج ... جاز لزوجته طلب الطلاق » . كما نص القراءون على حالة ما اذا تعسف الزوج فى معاملة زوجته « اذا نذر أن لا تتزين بشىء من الحلى أو لا تغتسل أو لا تعير شيئاً أو لا تزور أحداً لارتيابه فيها ، أبيح نذره وقتاً ما ثم يحله . واذا امتنع طلق بالحقوق . واذا حلف بطلت يمينه ، شأن كل يمين لا توافق الشرع أمراً أم نهياً ، منطوقاً أم مفهوماً » (ص ١١٧ شعار الخضر) . كما نصوا كذلك على أنه « اذا منعها من أقاربها أو من الخروج لوليمة أو مأتم بلا موجب أو سبب وتشبثت بالطلاق لزمه بحقوقها ، ما لم يبد عذراً مقبولا » (ص ١١٦ المرجع السابق) .

(١) ويمكن اعمال هذا الحكم كذلك لدى القرائين اذ نصوا على أنه « اذا طلبت منع زوجها من المهاجرة : لما فى ذلك من حرمانها منه ، فللشرع إجابة طلبها » (شعار الخضر ص ١١٩) .

وفى حكم لمحكمة استئناف القاهرة عرضت المحكمة لحالة غيبة الزوج وسفره المبرر للطلاق لدى الربانيين . وبعد إشارتها إلى المواد ١٢٩ و ١٤٢ و ١٩٤ من ابن شمعون قضت بأنه « يمكن القول بأن الغياب الذى يعتبر سبباً للطلاق فى الشريعة الاسرائيلية هو الذى يكون لعذر غير مقبول ، وأن تكون الغيبة فى بلد فى الخارج غير موافق لاقامة الزوجة ، وأن يقصد بتلك الغيبة الهجر المقرون بنية وضع حد للحياة الزوجية المشتركة ، وأن تكون قد قضت مدة كافية تتضرر منها الزوجة بالغياب . فاذا لم تتوافر هذه الخصائص لا يعتبر الهجر سبباً للطلاق . وان المحكمة تحتفظ للمستأنفة بالحق فيما اذا تطور الغياب وأدى الى هذه الخصائص أن تضع فى الحين المناسب ، اذا شاءت ، هذه الظروف أمام المحكمة المختصة بدعوى مبتدأة لتفصل فيها بما تؤدى اليه من نتائج رتبها الشرع » (استئناف القاهرة فى ١٩٥٦/٤/٢٥ رقم ١٤ س ٧٢ ق - خفاجى وراجع ص ١١٤)

وفيما يتعلق بالتزامه بالمخالطة ، فان للمرأة على الرجل حق مباشرتها بما يتفق وقوته وصحته وظروفه بصفة عامة ، وليس له أن يمنع هذا الواجب، وإذا كان من المنع تعذيبها ، فانه يعد ظالما ومخالفا للشرع . ولهذا نصت الشريعة اليهودية على أنه إذا منع نفسه بلا موجب من مرض أو نحوه ، عد كارها لها ولزمه طلاقها مع أداء حقوقها [1].

وفيما يتعلق بالتزام الزوج بالاخلاص والأمانة ، فان على الرجل عدم الاخلال به ، وإلا كان للزوجة طلب الطلاق . وقد نص الربانيون (م ٢١٦) على أنه « إذا اعتاد الرجل الزنا ... جاز إجابة طلبها الطلاق ». وهذا الحكم مفهوم كذلك لدى القرائين ، وإن كان يكفي عندهم أن يقع الزنا ولو مرة واحدة دون اعتياد ، كما هو الحال عند الربانيين [2].

وبالنسبة للالتزام بالانفاق فانه يقع على الزوج ، كما قدمنا [3] . وقد نص الربانيون على أنه « إذا تكدرت المعيشة .. لتشدده (الزوج) في الانفاق ،

---

(١) وهذا الحكم لدى الربانيين والقرائين انظر المواد ١٠٦ و ١٢٤ و ١٢٥ و ٢١٤ من ابن شمعون . وتنص هذه الأخيرة على أنه « اذا منع الرجل نفسه عن زوجته بلا موجب عد كارها ولزمه طلاقها مع أداء حقوقها » . وواضح أن الحق في طلب الطلاق للمرأة بدليل ما نصت عليه المادة ١٢٦ من أن « للزوجة أن تعفو اكتفاء بمولودين ذكر وأنثى » . وعند القرائين نصوا كذلك على إحصان الزوجة بعدم الإقلال من عادته ، والاعراض عن الزوجة قصداً ، وللشرع نهيه عن الإعراض ، وإذا طلبت الطلاق ألزموه به . أي أن الطلاق واجب في هذه الحالة ، ما لم تعف الزوجة (ص ١١٢ - ١١٣ شعار الخضر) . كذلك نصوا على حالة ما اذا ادعت المرأة اعتزاله اياها ، واتضح صدقها وأنه هاجر لها يقينا أمهله الشرع وأنذره « فان بقي على حاله جاز طلاقها منه بحقوقها دون مايكون قد أعطاه إليها » (ص ١١٧ شعار الخضر) .

(٢) انظر فيما سبق ص ٧٧٤ وهامش ٣ من هذا الكتاب .

(٣) انظر فيما سبق رقم ١٤٧ مكرر (٧) ص ٧٧٤ وما بعدها من هذا الكتاب .

جاز لزوجته طلب الطلاق »(م ٢٢١) وهذا هو الحكم كذلك لدى القرائين[١].

٥ ـ عوز الرجل : نصت القواعد الخاصه بالربانيين على أنه « إذا أعوز الرجل حتى لم يعد فى وسعه القوت الضرورى لزمه الطلاق، وبقيت حقوق الزوجة دينا فى ذمته.[٢] والواقع أن هذه الصورة وثيقة الصلة بالسبب السابق ومايدخل تحته من صور تعد التزامات شرعية يلتزم بها الزوج لزوجته. نظرا لأن الزوج لا يمكنه القيام بالانفاق أو حتى بالقوت الضرورى. ولهذا يباح للزوجة أن تطلب الطلاق، ويلزم به الرجل مع بقاء حقوق الزوجة دينا فى ذمته.

والواقع أن هذه الصورة لا تتفق مع ما يجب أن تتسم به العلاقة الزوجية من البعد عن الماديات ؛ فضلا عن أنه لا يتفق كذلك مع واجب المعونة المتبادل بين الزوجين فى السراء والضراء.

٦ ـ إطعام الزوجة غير الحلال : نصت المادة ٢١٦ للربانيين على أنه «إذا اعتاد الرجل .. إطعامها غير الحلال ؛ جاز إجابة طلبها الطلاق »

٧ ـ تكدر المعيشه لسوء أخلاق الزوج : إذا تكدرت المعيشة لسوء أخلاق الزوج، فقد نصت المادة ٢٢١ م بالنسبة للربانيين أن هذا يجيز لزوجته طلب الطلاق.

---

(١) وهم يلزمون الزوج بالنفقة والكسوة، وإلا فالطلاق إذا قصر ما لم تعف (انظر ص ١١١ - ١١٣).

(٢) م ٢١٥. وتظل حقوق الزوجة بعد الطلاق الى ميسرة الزوج. انظر م ١٦٨ وكذلك م ٢٠٥ من ابن شمعون.

٨ ـ **الزواج على الزوجة** : أورد شعار الخضر ضمن مسوغات طلب الطلاق من جانب المرأة حاله ما «إذا تزوج الرجل عليها غدرا بها» . ويتوافر هذا السبب ولا سيما إذا كانت الزوجة الثانية أجنبية ، أى غير يهودية[١] . وفى هذه الحالة يكلف الرجل بالطلاق .

ومن الواضح أن المبرر فى حالة الغدروالإضرار بالزوجة الأولى ولاسيما إذ كانت الزوجة الثانية غير يهودية. أما إذا لم يكن ذلك غدرا بها، فانه لايكون للزوجة الأولى طلب الطلاق إذ التعدد ليس ممنوعـا فى الأصل ، ما لم يتوافر عدم إحصانها من حيث إقباله على الثانية وإعراضه عن الأولى؛ إذ المفروض أن يعدل،لما ورد من قوله «لا تأخذ امرأة على أختهـا ظلما لها » . وللشرع فى هذه الحالة نهى الرجل عن الإعراض وإذا طلبت الطلاق الزموه به. حيث يتحقق الإضرار بالزوجة الأولى بالإعراض عنها[٢]

---

(١) استناداً الى ماورد « ولم يغدر بأمرأة صباك » وما ورد « واتخذ من غير الدين » انظر ص ١٢٨ شعار الخضر .

(٢) انظر ص ١١٣ وانظر كذلك ص ٨١ وما بعدها من شعار الخضر .

ويراعى أن تعدد الزوجات ليس ممنوعاً فى الشريعة اليهودية ، طالما توافر شرط عـدم الاضرار بالاقبال على الواحدة والاعراض عن الأخرى ، أى بشرط العدل والمقدرة . وقـد حدده الربانيون بأربع ، حتى ولو كانت ميسرة الرجل تسمح بالزيادة ، لأن الاحصان شرط لازم. وهم يستدلون بسيدنا يعقوب عليه السلام من حيث أنه جمع بين أربع . هـذا هومذهب الربانيين ، وان كانت المادة ٥٤ من ابن شمعون تنص على أنه « لا ينبغى للرجل أن يكون له أكثر من زوجة ،وعليه أن يحلف يمينا على هذا حين العقد ، وان كان لا حجر ولا حصر فى متن التوراة » . ومفهوم هذا أن الرجل اذا تزوج عندم يحنث فى يمينه فيرتكب معصية دينية فقط ، ويمكن أن يطبق حكم الربانيين بعـد هذا من حيث امكان الزوجة الأولى أن تطلب الطلاق للاضرار بها ، اذ من المفروض أن تقبل الزوجة الأولى أن يتزوج زوجها بأخرى فى =

ثانيا : الطلاق لحق الشرع

٢٠٢ مكرر (١٣) : بيان الحالات التي يتم فيها الطلاق مراعاة لحق الشرع :

إذا كان الرجل يلزم بالطلاق ويكلف به مراعاة لحق المرأة ، فانه قد يلزم به كذلك مراعاة لحق الشرع . ويتفق القراءون والربانيون حول فكرة جعل الطلاق لحق الشرع ، مع اختلاف فى بعض التفصيلات . ومن الحالات التى يتم فيها الطلاق مراعاة لحق الشرع ما سبق لنا بيانه من قبل عند الكلام عن الجزاء على شروط الزواج [١] ؛ إذ رأينا أن هناك حالات كان من الواجب أن يترتب البطلان كجزاء ، ولكن الشريعة اليهودية تلجأ فيها إلى إجبار الرجل على الطلاق. ومن الحالات ما يجبر فيها الرجل على الطلاق مراعاة لحق الشرع كذلك ، إذ لا يتعلق الأمر فى الواقع بحالات كان من اللازم ترتب البطلان كجزاء لأن العقد يقوم سليما من حيث توافر شروطه وأركانه كما لا يتعلق فيها بحق الزوج ولا بحق الزوجة .

= حالة ما اذا كانت الأولى عاقرا ومضت مدة معينة . وهذا ما نصت عليه المادة ١٦٤ من ابن شمعون من أن « عقم الزوجة عشر سنين أو خمسا اذا كانت ثيبا يوجب على الرجل شرعا أن يطلقها ، ولها ما لها من الحقوق فى العقد ، وللرجل أن يتزوج عليها اذا قبلت ، وكان ذا ميسرة » . هذا وقد نص الربانيون على جواز التعدد متى كان الرجل فى سعة من العيش . وكان يستطيع العدل بين زوجاته ، أومتى كان له مسوغ شرعى (انظر م ٩٥) .

ولا يمنع القراءون التعدد كذلك ، اذ للرجل أن يتزوج عليها اذا مضى على عقمها عشر سنين واشتاق الذرية لقوله « وكان منذ عشر سنين لمقام ابراهيم بأرض كنعان » ، ولو كان فى زواج الثانية ما فيه من الاضرار بالأولى ، فانه بغير الاضرار مباح له أصلا ، ولو من أول سنة وأن يطلق اذا شاء ، ولا يلزمه المؤجل ، ما لم يكن العقم منه . بل عليه أن يطلق والحال هذه اذا شاءت المرأة . أما الزواج على الزوجة لا لعلة العقم . . ، فلا ميقات له وانما شرطه ... أيضاً العدالة ... » (ص ٨٤ شعار الخضر) .

(١) أنظر ماسبق رقم ١٣٦ مكرر ص ٦٧٠ وما بعدها .

أما عن **الحالة الأولى** حيث يلزم الزوج بالطلاق بدلا من البطلان ، فان منطق استلزام توافر شروط معينة لقيام الزواج صحيحا ، كان يؤدى إلى جعلها باطلة ، ولكن الشريعة اليهودية توجب الطلاق ، وهي بذلك تخفف من فكرة إنهاء الزواج بأثر رجعى .

من ذلك ما رأيناه بالنسبة لموانع الزواج . ففى حالة مانع القرابة توجد حالات لا يقضى فيها بالبطلان ؛ وإنما يجبر الرجل على الطلاق [١] . ومن ذلك ماورد بالنسبة لممنوعات الكاهن [٢] ، والمطلقة بعد عقد الغير عليها [٣] ، والمطلقة للزنا إذا تزوجت بمن زنى بها [٤] ، والمختلية إذا تزوجت بمن اختلى بها [٥] . هذا إلى جانب صور أخرى نص عليها القراءون كما بينا [٦] . هذا عن الحالة الأولى الخاصة بموانع الزواج ، حيث يترتب الطلاق كجزاء مراعاة لحق الشرع .

---

(١) أنظر المادتين ٣٨ و ٤٠ من ابن شمعون . وانظر كذلك ما أورده القراءون بالنسبة للمأخذ السادس من مآخذ التحريم ، ص ٤٧ وما بعدها وكذلك ص ٦١ من شعار الخضر . وانظر فيما سبق ص ٦٧١ وهامش ١ من هذا الكتاب .

(٢) وعند الربانيين إذا تزوج الكاهن بمن تحرم عليه « أجبر على الطلاق » (م٤٦) وفى حالة ما إذا تم الزنا اغتصابا ، فان الزوجة تحرم شرعا على الكاهن ، وهذا يوجب طلاقها مع بقاء حقوقها » (م١٨٥) . وهذا هو الحكم كذلك لدى القرائين ، إذ بالنسبة لممنوعات الكاهن إذا كان يحرم الدخول بهن إلا أن العقد ينفذ شرعا ويحتاج إلى الطلاق (أنظر شعار الخضر ص ٩٧ وص ١٠٥ — ١٠٦) .

(٣) أنظر سبق ص ٦٧١ هامش ٣ .

(٤) أنظر ماسبق ص ٦٧٢ هامش ١ .

(٥) تنص م١٩٠ من أبن شمعون على انه « تحرم المختلية على من اختلت به ، وإذا عقد عليها كلف شرعا بطلاقها » .

(٦) أنظر ماسبق ص٦٧٢ وهامش ٢ و ٣ .

أما عن **الحالة الثانية** فانها تتعلق بحالات يجب فيها الطلاق لا لحق المرأة وألا لحق الرجل نفسه ، وإنما لحق الشرع نفسه. ولهذا لا يكون للرجل أن يتنازل عن حقه ، كما لا يكون للمرأة كذلك أن تتنازل ، إذ الطلاق يكون واجبا بصرف النظر عن موقف أى منهما ، نظرا لتعلق الأمر بالنظام العام .

١ ــ **الزنا** : نصت القواعد الخاصة بالربانيين على أنه « إذا ثبت شرعا زنا **المرأة** حرمت على زوجها وكلف بطلاقها بلا حقوق »[1] . فمتى ثبت ، كان طلاقها واجبا شرعا ، لأنها تصبح محرمة على زوجها .

إنما يتعين أن يثبت ارتكابها للزنا [2] ؛ وأن يكون ذلك عن عمد ؛ برضاها [3] . وعند القرائين كذلك يجبر الزوج شرعا على الطلاق إذا زنت زوجته ، وفى هذه الحالة تسقط حقوقها عدا ما يكون فى حوزتها من الجهاز [4] :

---

(١) م ١٨١ ، وهذا هو حكم المادة ١٧٧ التى تقضى بأن « تسقط حقوق الزوجة إذا خالفت الشرع أو الأب أو زنت » . وقد نصت م ١٨٣ على أنه « ليس لمن ثبت عليها الزنا عند الطلاق غير ما هو موجود مما دخلت به . فما فقد أو سرق أو تلف أو بيع، لاحق لها فيه » . وانظر كذلك المادة ٣٤٧ التى تقضى بتكليف الرجل شرعا بطلاق امرأته إذا كان هو السبب فى طلاقها من غيره بزناه معها ، ولا يلزم بمالها من الحقوق .

(٢) ذلك أن المرأة قد ترمى نفسها بالزنا ابتغاء التخلص من الرجل والتزوج بغيره ، فلا يعدل على كلامها والحال هذه ، إلا إذا أقرها الزوج (م ١٨٣ من ابن شمعون) . وإثبات الزنا يكون برؤية الرجل لها تزنى ، أو إذا علم من ثقة ، أو اعتقد زناها ، وفى هذه الحالة تحرم عليه ، ويجب الطلاق بلا حقوق للمرأة ، إلا إذا حلفت (أنظر ١٨٦) . وقد نصت المادة ١٨٧ على أنه «يجوز أن يكون الزانى أحد الشاهدين ،ويجوز أن يكون الشاهد الآخر شاهد سماع من لسان الزوجة » .

(٣) فاذا كان الزنا اغتصابا ، فلا تحرم الزوجة ولا تسقط حقوقها (م ١٨٤) ، مع مراعاة أن الزنا اغتصابا يحرم الزوجة شرعا على الكاهن ويوجب طلاقها مع بقاء حقوقها .

(٤) فقد جاء فى شعار الخضر (ص ١٢) أنه « ليس للزانية من حقوقها سوى فى ما يكون فى حوزتها من الجهاز ، تأخذه وتطلق . وإذا كان الفعل إكراها فلا مؤجل لها ويجبر الزوج شرعا على الطلاق » .

بشرط أن يثبت ارتكاب المرأة للزنا [١] .

وقد نص القرءون كذلك على حالة ما إذا رمت المرأة نفسها بالفحشاء ولو اغتصابا تعلقا بآخر ، أو ابتغاء التخلص من زوجها ؛ ونصوا فى هذه الحالة على أنه لا ينبغى أن يعتد الشرع بكلامها ، « اللهم إلا إذا ارتاب زوجها لشواهد عنده أو صدقها ، فحينئذ يجب عليه طلاقها ، وليس لها سوى ما فى حوزتها من الجهاز . فاذا لم ير الأمر صحيحا فهى امرأته . ولكن حقوقها تسقط مع ذلك فى الحال » [٢] .

هذا بالنسبة للزنا لدى الربانيين والقرائين . ولكن هناك من الحالات ما يبدو أنهم يعطونها حكم الزنا وهى حالة مخالفة الزوجة للشرع والأدب . وإذا كان الأمر واضحا فى أنهم يعطونها حكم الزنا من حيث سقوط حقوق المرأة ، فان هذا الوضوح لا يبدو بالنسبة لما إذا كان الطلاق للرجل أم أنه يجبر عليه شرعا ، كما هو الشأن فى حالة الزنا . وهذا ما قد يجعلنا نتكلم عن هذه الصور من مخالفة المرأة للشرع والأدب ضمن الحالات التى يحق فيها للزوج أن يطلق أو ضمن الحالات التى يجب فيها الطلاق مراعاة لحق الشرع .

إلا أنه يبدو أن الربانيين يسوون بين هذه الحالات وبين الزنا من حيث

---

(١) ويبدو أنهم يفرقون بين الريبة إذ يكون للرحل أن يطلق ، والتحقق من الزنا ، حيث يجبر على الطلاق (أنظر ص ١٢٠ و ١٢١ من شعار الخضر) . وفى حالة الشهادة على الزنا فلا ضرورة لأن تكون الشهادة « على مثل المرود فى المكحلة ، بل يكفى أن يكونا متصلين اتصال افتراش، وبالجملة أن يعرف الشهود ويفهموا أنه زناه » (ص ١٢٢ من المرجع السابق) .

(٢) شعار الخضر ص ١٢٢ .

سقوط حقوق المرأة فقط . إذ نصت المادة ١٧٧ على أن « تسقط حقوق الزوجة إذا خالفت الشرع أو الأدب أو زنت» . ثم جاءت الموادالتالية فتكلمت عن كل من هاتين الحالتين على حدة ووضعت لكل حكما مستقلا ؛ فتكلمت عن مخالفة الشرع والأدب ، ولم تبين أن المرأة تحرم على زوجها وأنه يكلف بطلاقها ، كما جاء فى النصوص المتعلقة بالزنا . وهذا ما دعانا إلى الكلام عن هذه الحالة ضمن الحالات التى يكون فيها للزوج أن يطلق بإرادته .

أما عند القرائين فانه إذا كان يسوى بين الحالتين من حيث سقوط حقوق الزوجة ، لكن الشك يثور بالنسبة لما إذا كان الزوج يجبر شرعا على الطلاق . إلا أنه يبدو لنا أن مساواة المرأة المخالفة للشرع أو الأدب بالزانية إنما يكون فى بعضهن سقوط حقوقها ، إذ جاء «أن العلماء يرون أن تنذر أولا فى آداب الدين بسقوط حقوقها لجواز جهل بعضهن بها ..» [1] وبذلك يبدو أن الأمر يتعلق بسقوط الحقوق فقط إذا ماطلقها الزوج لا باجباره على الطلاق . وبالتالى يتساوى القراءون بالربانيين فى هذا الصدد ، ويكون الأمر للزوج خلافا لحالة الزنا ، فانه يجب عليه الطلاق [2] .

٢ ــ **الريبة** : نصت شريعة القرائين أن للرجل أن يطلق زوجته ، إذا أتت ما يدعوا إلى الريبة . وقد بين شعار الخضر أن الريبة تتحقق ، إذا وجدا

---

(١) ص ١٢١ شعار الخضر .

(٢) ومع ذلك فان هناك حالة تخالف فيها الزوجة الأدب ، ويتعين الطلاق على الزوج . فقد ورد فى شعار الخضر بصدد الكلام عن مسوغ الطلاق أن « التماسها منه صريحا ما هو مفهوم » يجعل طلاقها واجبا شرعا بلا حقوق سوى ما يكون فى الحوزة من الجهاز لما تدعو حالتها إليها من الريبة فى أمرها ، واليمين لا تزكيها .

معا بمكان واحد أو بيت واحد أو فى الفراش ، أو كان الرجل يربط ملبسه المعلوم أو كانا خارجين من محل ظلام ، أو قبلا بعضا ، أو ماشابه ذلك مما يدل على مس العفاف . وفى هذه الحالة للرجل الطلاق ولا حقوق لها . وهذا إذا كان صاحبها غير معروف بالفحش فان كان يعرف بذلك ، أو كان من أهل الريبة ؛ فلهاما هو فى حوزتها ، ولا محل لانذارها[1]

وإذا بلغه من أقاربه أو غيرهم أن امرأته ارتكبت ، ولو لم يؤيد كلامهم إلا شاهد واحد ، رجلا كان أم امرأة ، فله الطلاق وعليه الحقوق ، ولو لم يشهدوا شرعا . فان الشاهد الواحد يكفى للتحريم . وإذا شاء فله أن يحلفها كونها لم ترتكب . ولكن اليمين مع ذلك لا تزكيها فلا تمنع الطلاق [2] . وإذا كانت الشهادة من اثنين ، فلا حقوق لها .

إلا أن شعار الخضر قد عرض بعد ذلك فى موضع آخـــر تحت عنوان « ارتياب الرجل فى امرأته » ، وبين أنه إذا داخلته الريبة ، كان عليه أن يغار عليها للتحقق مما إذا كان ارتيابه صحيحا أو باطلا . فاذا لم يغر ولم يعمل لتبرئة نفسه فهو يأثم بقبوله لها وقد مسها آخر . ولكى تقوم الريبة يجب أن يكون هناك ما يدعوا إليها عادة .

ويبدو مما جاء فى هذا الموضع الأخير كذلك أن المرأة تحرم على زوجها ، وأن عليه أن يطلقها ، وإذا امتنع كلفه الشرع . فقد نص على أنه «إذا منع الرجل من

---

(١) شعار الخضر ص ١٢١ . وقد جاء فى الهامش ١ تعليقا على هذه الأخيرة أنها أقرب إلى الانخداع منها فى الصورة الأولى .

(٢) الموضع السابق ، وقد بين أن الحكمة من كون حقوقها لم تسقط مع ذلك ، كونه لم يشهد عليها إلا شاهد واحد .

تقديمه إياها [١] حبه لها وإشفاقه عليها ، فعليه أن يطلق بالمؤجل . فاذا امتنع كلفه الشرع باحضارها، وإلا فرق بينهما طلاقا ، شأنه فى كل من خرجت عن الحشمة وسكت زوجها عنها صيانة للنسل من الحرمة » [٢] .

ومن هذا يتضح أن التفريق هنا لحق الشرع ، فاذا لم يطلقها الزوج فرق الشرع بينهما ، لأنها تحرم عليه ، كما تحرم الزانية على زوجها . فقد جا إنه « من وقت أن تداخله الريبة يحرم عليه أن يقرب منها حتى يختبرها شرعا » [٣] . أى حتى تثبت براءتها .

وقد عرض الأمر على المحاكم عندنا فأقرت محكمة النقض التطليق للريبة لدى القرائن . وقد تعرضت لما قال به الفقهاء الاسرائيليين من أنه يشترط فى الريبة المبررة للطلاق أن يصدق الزوج ما يبلغه من ريبة عن زوجته، وأن يكون التصديق خلقا له عادة ، وقالت المحكمة إن المقصود بذلك أن يكون الزوج مصدقا لما بلغه عن زوجته وأن اتهامه لها بالريبة لم يكن تجنيا » [٤] .

---

(١) إذ عليه أن يقدمها إلى الكاهن فيسقيها الماء المعروف بالعبرية بلفظة « شوطاه » ومعناها الشطط ، كناية عن مجاوزة المرأة حد الصيانة والعفاف . وكانت المرأة إذا شربت لا يصيبها أذى إن كانت بريئة وإلا انتفخ بطنها وسقط وركها . ويبدو أنه لم يعد هذا الاجراء الدينى يمارس الآن .

(٢) شعار الخضر ١٤٤ .

(٣) الموضع السابق

(٤) نقض فى ١٠ يناير ١٩٥٧ طعن رقم ١٥ س ٢٥ ق ، مجموعة المكتب الفنى س ٨ عدد ١ رقم ٥ ص ٦٠ ، وأنظر حكم حاخمخانة الاسكندرية فى ١٩٥٣/١٢/٢١ (خفاجى ورابح ص ٦٦) حيث قضت بأنه « إذا كان سلوك الزوجة لم يكن مما يخفف حدة الشكوك التى تساور الزوج حول أمانتها ، بل على العكس كانت تسلك كل السبل لتدعيم الشكوك ، فتحكم المحكمة بإيقاع الطلاق لخطأ من الزوجة فى حق زوجها » .

وقضى كذلك أنه إذا ثبت أن الزوجة حميدة الخلق، ولم يسمع عنها ما يريبها ، فانه لا يقبل =

هذا ويبدو مما جاء فى شعار الخضر أن الربانيين يقصرون الريبة على حالة الانفراد أو التكلم مع من نهاها الزوج عن الانفراد به أو التكلم معه .

فقد نصت المادة ١٨٨ على أنه : «إذ نهى امرأته عن أحد وأنذرها بحضرة شاهدين ثم ثبت اختلاؤها به ومكثها معه وقتا ما ، حرمت على زوجها ولا حق لها »[1]. كما نصت المادة ١٩١ على أنه : « إذا حلف الزوج زوجته أن لا تكلم إنسانا معينا وأنذرها بسقط حقوقها ولم تمتثل ، كانت مخالفة شرعا ، وضاعت عليها حقوقها » .

٣ ـ **تكرر ظهور دم الحيض** : رأينا ضمن موانع الزواج أن المرأة تحرم على زوجها بسبب تكرر ظهور دم الحيض ثلاث مرات متواليات عقب الزواج ، حين اختلائه بها ، وفى هذه الحالة يجب الطلاق ولا يكون لها إلا مادخلت به .والطلاق واجب فى هذه الحالة كذلك إذا مر أول اختلاء بلا ظهور دم، ثم تكرر الظهور كذلك ثلاث مرات متواليات ، ويكون المرأة كل مالها من الحقوق فى العقد[2] هذا هو الحكم لدى الربانيين [3] .

= الطلاق للريبة لمجرد تردد أشخاص على منزل والدتها ، حيث كانت تقيم ، لأن هذا بفرض حصوله لا يدل بذاته على سوء خلق الزوجة التى ما كانت تستطيع منعهم ، نظرا لأنها لا تقيم بمفردها . . . فكان الأجدر بالزوج أن يهيء لها مسكنا شرعيا خاصا ، ودرءا لما يدعيه (محكمة استئناف القاهرة فى ١٩٥٦/٦/٢٠ رقم ٣١٢ س ٧٣ ق ، خفاجى ورابح ص ٦٦

(١) وتنص المادة ١٨٩ على أنه « لا يسقط حقها وإنما تحلف أولا إذا كان إنذارها لا فى حضرة شاهدين ، أما ، إذا اعترفت بالاختلاء فلا حق لها » .

(٢) أنظر المادتين ١٥٥ و ١٥٦ : وعند المنازعة فيما إذا كان الدم دم بكارة أودم حيض ، يكون للسلطة الشرعية النظر والفصل (أنظر م ١٥٧) .

(٣) أما بالنسبة للقرائين ، فانه يبدو أنهم يتفقون مع الربانيين ، أنظر ما سبق ص ٦٠٣ من هذا الكتاب

٤ - **العيب أو العاهة** : تقضى قواعد الربانيين بأن طروء عيب أو عاهة على الرجل بعد الزواج ، لا يسوغ للمرأة طلب طلاقه [١]. إلا أنه « إذا كان الطارىء برصا أو مرضا معديا » فان الرجل يكلف بالطلاق . بل إن « للشرع أن يأمر بالحيلولة ولو أبت الزوجة ؛ مالم تتعهد شرعا أنها لا تختلى به » . ومن الواضح أن الطلاق هنا لحق الشرع . ولهذا يكون الطلاق واجبا ، حتى ولو رضيت الزوجة بالبقاء فى معاشرته . هذا بالنسبة للبرص والأمراض المعدية كالسل مثلا .

وقد عرضوا كذلك لحالة ما إذا كان المرض صرعا فى أحد الاثنين ، ونصوا على وجوب الطلاق فى هذه الحالة مع عدم سقوط حقوق الزوجة . [٢]

المطلب الثانى

الآثار التى تترتب على انقضاء الرابطة الزوجية فى الشريعة اليهودية

٢٠٢ **مكرر (١٤) تمهيد** ـ إذا ما تم الطلاق ؛ انقضت الرابطة الزوجية بالنسبة للمستقبل ؛ وهذا يستلزم أن يقع الطلاق صحيحا مستوفيا لشروطه التى سبق الكلام عنها . فاذا تخلف شرط منها ؛ لا يقع الطلاق ، وإذا تم الطلاق صحيحا ترتبت عليه آثاره سواء بالنسبة للرابطة الزوجية نفسها ؛ أم بالنسبة للعلاقات المالية بين الزوجين ، أم بالنسبة للأولاد . ونعرض لذلك فيما يلى .

---

(١) م ٢٠٣ ولهذا إذا نشزت الزوجة لا يكون لها غير ما هو موجود مما دخلت به ولا حق لها فيما اشتراه لها من ماله أو أهداه إليها .

ويراعى أن القرائين يجعلون من كل « عاهة لا يرجى برؤها ولا يطاق احتمالها » مسوغا يخول للمرأة طلب الطلاق .

(٢) أنظر المادتين ٢٠٤ و ٢٠٥

أولا : بالنسبة للرابطة الزوجية

٢٠٢ مكرر (١٥) : زوال حقوق كل من الزوجين والتزاماته - امكان عقد زواج جديد: يترتب على انقضاء الرابطة الزوجيه نفس الآثار التى عرضنا لها بالنسبة للشريعة المسيحية [١] ، إذ يتحرر كل من الزوجين من التزاماته التى يفرضها عليه الزوج نحو الآخر ، كما تزول حقوق كل منهما المترتبة له من عقد الزواج . هذا فضلا عن إمكان الزوجة أن تعقد زواجا جديدا بعد انقضاء فترة العدة .

وقد نصت القواعد الخاصة بالربانيين على أنه لا يسوغ بعد الطلاق إقامة المرأة مع الرجل ، وإذا كان المسكن للاثنين جميعا ، كلفت المرأة بالانتقال إلى مسكن آخر . فاذا كان الملك لها أو لأبويها ، فالمكلف بالانتقال هو الرجل (م ٣٥٠ و ٣٥١). ومعنى هذا أن الالتزام بالمساكنة ينقضى، كما تنقضى بطبيعة الحال كافة الالتزامات المترتبة بينهما [٢] .

وقد انقسم القراءون بالنسبة لأثر الطلاق فى هذا الصدد ، فأوجب بعض الفقهاء « أن يجهز الطلاق على كل علاقة ، حتى ما يكون للمرأة من مؤجل الصداق وغيره من الحقوق ، اعتماداً على ما يرونه من أن كلمة « كريتوت » « انفصام » يبلغ بها المعنى إلى هذا الحد . ولكن الجمهور عندهم قصر المعنى على العلاقة

---

(١) أنظر ما سبق رقم ١٨٢ ص ٩٤٥ .

(٢) بل إنه إذا كان للزوج أن يقوم باعالة مطلقته ، فان هذا مشروط بألا توجب هذه الاعالة اختلاطه بها ، وإلا وجب أن ينيب عنه غيره (أنظر م ٣٥٣) . كما أن للمطلقة أن توكل عنها لمطالبة الرجل بما لها من الحقوق ، وذلك حتى لا تضطر إلى مقابلته بعد طلاقها منه.

ولا يعنى انقضاء كافة الالتزامات المترتبة على الزواج القطيعة والعداوة بين المطلقين ، بل كما يقول البعض إن هناك التزاما خلقياً بينهما بالود والصداقة (أنظر جميل الشرقاوى . مقاله عن آثار الطلاق فى شرائع غير المسلمين ، المحاماة س ٤١ ص ٢٢٧ وهامش ٥) .

الزوجية دون المالية . وأن الطلاق شيء والحقوق شيء آخر . فاذا سلم إليها الوثيقة ، وقع الطلاق ، ولو بقي لها ما بقي من الحقوق [١] .

وإذا ما انقضت الزوجية ، كان للزوجة أن تتزوج بآخر بعد انقضاء فترة المدة ، إذا لا يملك المطلق تحريم المرأة على أحد ، وكل شرط فى الطلاق من هذا القبيل باطل [٢] . وكما يصح لها أن تتزوج من آخر يصح للمطلق نفسه أن يعود إليها [٣] بعقد جديد دون أن تعتد، مالم تكن قد تزوجت غيره أو تقدست، فانها تحرم عليه [٤] . وما لم يكن الطلاق بتهمه الزنا ، إذ لا تجوز له بعد ، أو

---

(١) شعار الخضر ص ١٣١ . وعند الربانيين لا يعلق الطلاق على دفع الرجل حقوق المرأة إذا كان معسراً ، (م ٣٥) ومعنى هذا أن الطلاق عندهم يعلق على دفع هذه الحقوق متى كان الرجل موسراً . أنظر ص ١٣١ هامش ٣ من شعار الخضر . هذا وقد نصت المادة ٦٨ من ابن شمعون على أنه « إذا عجز الرجل عن إيفاء ما لزوجته من الحقوق فى عقدها ، وكان الطلاق واجباً أو جائزاً شرعا ، فللسلطة الشرعية أن تقضى بالطلاق وإنظار الرجل إلى ميسرة » .

(٢) م ٣٤٤ من ابن شمعون . ويضيف النص إلى ذلك أن « للرجل عند الطلاق أن يخبر عمن تسبب فيه ، وللسلطة الشرعية منم زواجه بالمطلقة تحريماً لها عليه » .

(٣) وقد نصت القواعد الخاصة بالربانيين على أنه « إذا عاد المطلق إلى مطلقته واختلى بها واحتمل وقاعه لها ، وجب شرعا تجديد الطلاق » . ولكن « تجديد الطلاق لا يلزم إذا كان عن مجرد تقديس ، ما لم يكن لمثل ذلك الاحتمال محل » ، أما « إذا تأكد الوقاع بعد الطلاق ، فلا فرق بين الزواج ومجرد التقديس فى وجوب التجديد » . و « إذا كان هناك محل للتجديد ، وقبل حصوله تقدست المرأة على شخص آخر ، فهى محرمة على الاثنين ووجب التجديد من الأول والطلاق من الثانى » (أنظر المواد ٣٧٢ و ٣٧٣ و ٣٧٤ و ٣٧٥ ، من ابن شمعون) .

(٤) وهذا مانصت عليه المادتان ٣٨١ و ٣٨٢ من أبن شمعون فقد نصت م ٣٨١ على أن « للرجل أن يعود إلى مطلقته بعقد عليها ولا تعتد » . ونصت م ٣٨٢ على أنه « تحرم المطلقة على مطلقها إذا تزوجت غيره أو تقدست » أما إذا اختلت المطلقة بغير مطلقها من غير عقد شرعى ، فانه يجوز لمطلقها الرجوع إليها (م ٣٨٣) . لكن « إذا خالت المرأة رجلا ثم تزوجت بآخر وطلقها ، جاز لخليلها أن يعقد عليها » (م ٣٨٤) .

مالم يكن الطلاق لعلة ظهور دم الحيض ، حتى ولو زالت العلة [١] .

ثانيا : بالنسبة للعلاقات المالية

٢٠٢ مكرر (١٦) تمهيد : إذا انقضت الرابطة الزوجية بالطلاق زالت الآثار المالية التى يرتبها الزواج بين الزوجين ، كما يزول حق كل منهما فى ميراث الآخر ، لانقطاع الصلة بينهما [٢] . وقد عرضت الشريعه اليهودية للأحكام المتعلقة بحقوق المرأة بصفة عامة ، بعد الطلاق ، وبينت النصوص الواردة فى هذا الشأن متى يكون للمرأة حقوقها ، ومتى تطلق بلاحقوق . وقد عرضنا لذلك عند كلامنا عن الصور التى تطلق فيها المرأة ، سواء لحق الزوج أم لحق المرأة نفسها ، أم لحق الشرع [٣] .

---

(١) أنظر المادتين ٣٨٥ و ٣٨٦ من ابن شمعون ، وتوجب المادة ٣٨٧ على السلطة الشرعية عند الطلاق لعلة دم الحيض أو لسبب تهمة الزنا أن تخبر الرجل بتحريم المطلقة عليه أبدا .

(٢) وذلك خلافا للأولاد ، إذ تظل حقوقهم قبل والديهم ، حتى بعد انقضاء الرابطة الزوجية بينهما ، وخلافا لحالة انقضاء الزواج بالوفاة ، إذ الوفاة من أسباب الميراث إذا حصلت والزوجية قائمة لم تنفصم عراها بالطلاق ، وقد أوردت الشريعة اليهودية تنظيما لحقوق الرجل بعد وفاة زوجته ، وحقوق الأرملة بعد وفاة زوجها : انظر فى هذا : ابن شمعون المواد ٢٢٣ وما بعد حتى ٢٧٨ وانظر كذلك شعار الخضر ص ١١٣ و١١٦ و١١٨ و١١٩ و١٤١ — ١٤٢ ويراعى فى شأن هذا التنظيم بصفة عامة أن ما يتعارض منه مع أحكام المواريث ، طبقا لقانون المواريث عندنا ، لا ينبغى العمل به — انظر كذلك جميل الشرقاوى، السابق ٥٩/١٩٦٠ ص ٣٠٣ هامش ٥

(٣) وإذا كنا قد بينا ذلك لدى كل من القرائين والربانيين فى مناسبة كل حالة ، فان القواعد الخاصة بالربانيين قد أوردت نصين جامعين بينت فيهما متى يقضى ومتى لا يقضى للمرأة بحقوقها . فقد نصت المادة ٣٤٥ على أنه : « يقضى بالطلاق مع حقوق المرأة فى الأحوال المنصوص عليها بالمواد ١٥٢ و ١٥٦ و١٦١ و ١٦٤ و١٦٧ و١٧٢ و١٨٤ و٢٠٥ و٢٠٦ و ٢٠٩ و ٢١٤ و ٢١٧ » . كما نصت المادة ٣٤٦ على أنه يقضى بالطلاق بلا حقوق للمرأة فى الأحوال المنصوص عليها فى المواد ١٥٣ و ١٥٥ و ١٥٨ و ١٥٩ و ١٦٨ و ١٦٩ و ١٧٣ و ١٧٧ و ١٨٠ و ١٨٣ و ١٨٦ و ١٩١ و ١٩٢ و ١٩٨ و ٢٠٣ و ٢٢٠ » .

كما يراعى أن ما يستحق للمرأة على زوجها من الحقوق بمقتضى العقد يعتبر ديناً فى ذمته ، وعند انتهاء الزواج بالطلاق ، وتصفية العلاقات بينهما تستحق هذه الحقوق [1] .

والكلام عن أثر انقضاء الرابطة الزوجية على العلاقات المالية بين الزوجين يقتضى أن نعرض للأحكام الخاصة بالنفقة ، ثم الأحكام الخاصة بالمهر والبائنة والجهاز .

٢٠٢ مكرر (١٧) : النفقة: لا يقصد بالنفقة فى هذا الصدد النفقة الزوجية لأن الزوجية تنقضى بالطلاق . ولكن المراد بها هنا النفقة التى يمكن أن يحكم بها على الرجل لمطلقته .

ويبدو أن الشريعة اليهودية لم تتعرض بصورة مباشرة لأحكام النفقة بعد الطلاق ، وهى ما تسمى بنفقة العدة . ومع ذلك فانه يمكن إعمال منطق القواعد الخاصة بالشرائع الأخرى والنظر إلى الأساس الذى تتقرر النفقة من أجله . فاذا النفقة تفرض على الزوج نظير احتباس الزوجة ، فانه يمكن القول كذلك بتقريرها من حيث المبدأ فى فترة العدة نظراً لاحتباس المرأة ، حتى تنتهى هذه الفترة . وتبعاً لذلك يمكن القول بتقرير نفقة للمطلقة فى الشريعة اليهودية خلال فترة العدة، لتوافر احتباس الزوجة ، سواء لدى القرائين ، أم لدى الربانيين .

---

(١) نصت المادة ٢٣٧ على أن « ما يكون للزوجة على زوجها من الحقوق بمقتضى العقد يعتبر ديناً لها فى ذمته يستحق عند الطلاق أو الوفاة » . وللرجل أن يزيد بعد الزواج على ما لزوجته من الحقوق فى العقد (أنظر م ١٤٤ من ابن شمعون) . ويراعى أن الربانيين ينصون على أن ما يأخذه الرجل من الزوجة يشترط لها عليه مضاعفا أو نصف مضاعف حسب عرف البلد » (م ١٠٠) . كما يراعى أن ما يستحق للمرأة على الرجل مضمون بأمواله (أنظر م ١٤٥) .

وهناك حالة مسلم بها لدى الربانيين نصت عليها المادة ٣٥٣ ، وهى القيام بأداء النفقة للمطلقة بمحض إرادة الزوج ، إذ تنص هذه المادة على أنه « يجوز للمطلق إعالة مطلقته ، بشرط أن لا يوجب هذا اختلاطه بها ، وإلا وجب أن ينيب عنه » .

وفيما عدا قيام الزوج بالانفاق على مطلقته اختياراً ، يجب أن نربط بين الحكم للمطلقة بالنفقة وبين استحقاقها لحقوقها بعد الطلاق ، أو عدم استحقاقها . فاذا استحقت المطلقة حقوقها كان لها النفقة فى فترة العدة ، وإلا لا يحكم لها بها .

وقد ربطت أحكام المحاكم الشرعية لليهود قبل إلغائها الحكم للمطلقة بالنفقة أو عدمه بخطئها أو عدمه . فاذا ما لم تكن الزوجة مخطئة ، أى إذا لم يكن سبب الطلاق من جهتها ، حكم لها بالنفقة على زوجها ، أما إذا كانت مخطئة ، فلا نفقة لها . ولهذا قضى بأنه « لا محل لإلزام المطلق بنفقة للزوجة ، ما دام الطلاق لخطأ من الزوجة فى حق زوجها [1] » .

وتقدر النفقة للمطلقة طبقا للأسس التى يقوم عليها تقدير النفقة الزوجية ذاتها على ما بينا من قبل ، وهو تقدير مؤقت بطبيعة الحال ، مرتبط بالظروف [2] .

وإذا حكم بالنفقة فانه ينبغى أن يراعى أنها تسقط إذا خطبت الزوجة المحكوم لها بها وذلك قياساً على ما ورد بشأن الأرملة ، إذ نصت الشريعة اليهودية على سقوط نفقة الأرملة إذا خطبت [3] . ولهذا فان خطبة المطلقة تسقط

---

(١) حاخامخانه الاسكندرية فى ١٩٥٣/١٢/١١ ، صالح حنفى ج ١ ص ٢٥٥ / د .

(٢) أنظر حكم استئناف القاهرة فى ١٠ - ٦ - ١٩٥٦ رقم ٣١٢ س ٧٣ ق . خفاجى ورابح ص ٤٢ - ٤٣ .

(٣) أنظر م ٢٤٠ من ابن شمعون . وانظر كذلك ص ١١٤ شعار الخضر .

نفقتها من باب أولى . كما تسقط النفقة بوفاة الزوجة ، وبوفاة الزوج الملتزم بها .

وإذا كانت النفقة تسقط فى هذه الحالات ، فهل تنقضى بمدة معينة ؟

قدمنا أن النفقة التى يحكم بها فى هذا الصدد إنما هى نفقة عدة ، تفرض نظير احتباس المرأة خلال فترة العدة، ومتى كان لاينسب إليها خطأ . ولهذا فاننا نرى أن تنقضى بانقضاء فترة العدة ، ولا ينبغى فى جميع الحالات أن تتجاوز مدة سنة من وقت انقضاء الزوجية ، أخذاً بما اتجهنا إليه من قبل بالنسبة للمسيحيين[١]. ويراعى أن النفقة فى الشريعة اليهودية لا تستحق إلا من وقت المطالبة بها ، كما قدمنا فى هذا الشأن عند كلامنا عن النفقة الزوجية[٢].

٢٠٢ مكرر (١٨) : المهر ، والبائنة ، والجهاز : عرضنا لأحكام المهر والبائنة عند كلامنا عن آثار الزواج حال قيام الزوجية ، كما عرضنا للمهر قبل ذلك باعتباره شرطا من شروط الزواج فى الشريعة اليهودية ، ونعرض للأحكام المتعلقة بالمهر والبائنة وكذلك للأحكام المتعلقة بالجهاز ، على أثر انتهاء الرابطة الزوجية ، عند تصفية العلاقات بين الزوجين .

١ — **المهر** : رأينا عند كلامنا عن المهر باعتباره شرطا من شروط الزواج فى الشريعة اليهودية أنه معجل وهو مايدفع مقدما ، ومؤجل وهو مايقابل مقدم الصداق ، وهو واجب كذلك وجوب المعجل ، وذلك حتى لاتهون المرأة فى عين الرجل فيطلقها ، فضلا عن أنه يكون لها ذخراً إذا طلقت أو ترملت[٣].

---

(١) أنظر ما سبق ص ٩٥٣ من هذا الكتاب .

(٢) أنظر ما سبق ص ٧٧٨ - ٧٧٩ وهامش ١ ص ٧٧٩ .

(٣) أنظر ما سبق رقم ١٢٦ مكرر ١٤ وخاصة ص ٦٠٥ وانظر كذلك شعار الخضر ص ٦٥ — ٦٦ . وقد ورد فى هذا الشأن كذلك أن « من دخل بامرأته بلا مؤجل ، كان كالداخل بمخطوبته » . (يعنى بغير العلانية الشرعية ، فيعاب) . ص ١٠٩ وهامش رقم ٩ من شعار الخضر . وانظر كذلك ما أوردناه فيما سبق ص ٦٠٦ .

ويثبت المؤجل قبل الزواج بالكتابة ، وإلا كان غير حجة . وقد جاء بالنسبة للقرائين[1] أن « إثبات المؤجل كتابة قبل الزواج لابد منه ، لأنه وقاية من كون الرجل يستهين فيطلق ، فضلا عن أنه يكون لها ذخراً إذا طلق أو مات ، فوجب إثباته منذ البدء » .

ولا شك فى أن مقدم الصداق يكون من أموال الزوجة ويورث عنها إذا ما كان قائما . لكن ما الحكم بالنسبة لمؤجل الصداق ؟ يعتبر المؤجل دينا فى ذمة الزوج يستحق بأقرب الأجلين ، الطلاق أو الوفاة . هذا الدين يستوفى من أموال الزوج مع باقى دائنيه[2] .

وإذا ماتت الزوجة فان الحكم يختلف لدى كل من القرائين والربانيين بالنسبة لميراث ما لها من مؤجل الصداق . فالقراءون لايورثونه بخلاف المقدم . ويرجع عدم توريث المؤجل إلى أن العلة فيه هى منع الطلاق بقدر الإمكان وأن يكون ذخرا للمرأة عند الطلاق أو الترمل . وهذه العلة لا تتحقق إذا ماتت[3]

(١) ص ١٠٩ شعار الخضر .

(٢) مع مراعاة ما هنالك من خلاف فى هذا الصدد بين القرائين والربانيين ، إذ عند القرائين يخضع هذا الدين لقسمة الغرماء مع باقى الدائنين ، أما الربانيون فيجعلون لكافة حقوق المرأة أولوية على غيرها ، كما أنهم يفضلون الزوجة الأولى على غيرها (أنظر ص ١١٩ من شعار الخضر) .

(٣) أنظر ص ١٠٩ وهامش ٢ وكذلك ص ١١٨ من شعار الخضر . فليس للورثة شيء من المؤجل . ولهذا فانهم يوجبون أن ينص على ذكر كون المؤجل لا يورث إذا توفيت ، وإن كان الاستاذ مراد فرج لا يرى ذلك بل يرى أنه يجب أن لايذكر ذلك أبداً لما فيه من التطير ، وأن الشرع عند القرائين معلوم وهو عدم التوريث (الموضع السابق) . وقد جاء فى المرجع السابق (ص ١١٦ — وهامش ٢) أنها إذا توفيت يكون له ما قشها به والمؤجل . وجاء فى الهامش تفسيرا لذلك أن هذا « يعنى أن المؤجل يرفع عنه بوفاتها » .

أما عند الربانيين فانهم يورثونه[1] .

وإذا مات الزوج ، وطالبت الزوجة الورثة بالمؤجل ، كان عليها تقديم الوثيقة الدالة على ذلك حتى تحصل على حقها . وإذا فقدت الوثيقة أثبتت حقوقها بالبينه[2] .

أما إذا طلقت الزوجة ، ولم يكن الطلاق بخطئها ، فانها تستحق مؤجل الصداق . هذا بخلاف ما إذا كان بخطئها أى بسبب يعزى إليها . وقد رأينا فيما سبق ، عند كلامنا عن أحكام الطلاق ، مدى ما يكون المرأة من حقوق إذا طلقت . ونكتفى هنا بالإحالة إلى ما سبق بيانه فى هذا الصدد عند الكلام

---

(١) وينتقد القراءون ذلك ، ويعتبرونه خطأ ، لأن العلة فى فرض المؤجل منع سهولة الطلاق ، وأن يكون لها عونا عند الترمل ، فلا وجه لتوريثه (ص ٦٨ شعار الخضر) . وأنظر ما سبق ص ٦٠٦ وهامش ١) .

(٢) هذا ما جاء بالنسبة للقرائين ، شعار الخضر ص ١١٨ ويضيفون أنه « على كل حال لا بد مع ذلك من اليمين أنها لم تتصرف فى شىء من حقوقها ولا أبرأت ذمة زوجها من شىء منها » . وجاء بهامش ٢ من الصفحة نفسها أن « للورثة أن يعفوها من اليمين إذا شاءوا ولكن الاعفاء من البعض غــير ملزم للبعض الآخر ، فلهذا البعض الآخر تحليفها إذا ق على طلب اليمين » .

أما عند الربانين فانه إذا كان الزوج يرثها ، فانها لا ترثه (ص ١١٦ هامش ٢ شعار الخضر) . والمقصود بذلك إذا كان الزوج يرث فى زوجته بصفة عامة ، أى يرث فى المؤجل باعتباره مالا لها يورث فانها لا ترثه . ولكن تبق لها حقوقها قبل الورثة ، ومن بين هذه الحقوق حقها فى مؤجل الصداق . مالم تكن الزوجة قد وهبت أو تنازلت عن بعض حقوقها (أنظر م ١٤٨ من ابن شمعون) هــذا ويراعى أن منع الزوجة من الميراث فى هذه الحالة لا يتفق مع قانون الميراث عندنا ، لأن تحديد الورثة يتم طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية .

عن أحكام الطلاق[1] . مع مراعاة ما بينا من قبل من حيث علم الرجل بما فى المرأة من عيوب وأثر ذلك بالنسبة لحقوقها[2] .

٢٠٢ مكرر (١٩) – ٢ – البائنة ، والاموال التى ينتفع بها الزوج : عرضنا فيما سبق لمدى استقلال كل من الزوجين بحقوقه . ومدى ما للزوج من حقوق على مال زوجته[3] . وتنص المادة ٨٦ من ابن شمعون على أن «أموال الزوجة نوعان : ماقبضة الرجل ، وهو المعروف بالدوته . وما لم يقبضه ، وإنما هو ينتفع به» . ومن ثم فاننا نعرض بصدد كلامنا عن تصفية العلاقات المالية بين الزوجين للبائنة (الدوطة) ، ثم نعرض لحكم الأموال التى ينتفع بها الزوج وتكون مملوكة للزوجة .

أما بالنسبة للبائنة ، فقد نظمت القواعد الخاصة بالربانيين أحكامها . وأموال الدوطة تعتبر ملكا للزوجة ، ولا يكون له أن يتصرف فيها بغير إذنها ، وإن

---

(١) وأنظر من أمثلة ذلك مانص عليه الربانيون من أن ظهور عدم البكارة يبيح للرجل الطلاق ، وعليه رد ما فى العقد من الحقوق مخصوما منها قيمة المهر الشرعى بعد حلف الزوجة اليمين بأنها لم تعرف رجلا قبل زواجها (م ١٥٢) . وكذلك مانصوا عليه من أنه إذا اختلفت جهة إقامة الزوجين ولم ينص فى العقد على جهة منهما اتبعت جهة الزوج ، وليس للزوجة أن تتوقف ، وإلا أضاعت مهرها ومؤجل صداقها .

وعلى خلاف ذلك لا تفقد المرأة مهرها إذا كان الرجل عنينا أو عقيم الماء وطلبت المرأة الطلاق بعدمرور المدة المنصوص عليها، إذ يجوز الطلاق فى هذه الحالة ويكون «للزوجة مهرها وما دخلت به » (م ٢١١) وتنص المادة ٢١٣ على أنه إذا كان عقم الرجل محققا وجب عليه الطلاق وللزوجة مهرها وما دخلت به بلا حرمان .

(٢) أنظر ما سبق ص ١٠٣٧ وكذلك شعار الخضر ص ١٢٧ — ١٠٢٨ .

(٣) أنظر ماسبق رقم ١٤٧ مكرر ٣ ص ٧٦٣

كان له أن ينتفع بها . فاذا ما انقضت الزوجية بالوفاة أو الطلاق كان للزوجة ما قدمته من بائنة ؛ ولها أن تسترده [(١)] .

وللزوجة أن تسترد أموال البائنة عينا إذا كان هذا ممكنا ، مالم يحصل الاتفاق على غير ذلك [(٢)] ، كما يكون لها كذلك أن تسترد قيمته الأصلية فى حالة هلاكه أو نقص قيمته بحيث لم يعد الشىء يصلح للاستعمال [(٣)] . فاذا زادت قيمة مال الدوطة ، ما هو حكم الزيادة ؟ يبدو أنه لا يكون للزوجة إلا استرداد ما قدمته أو قيمته ، فاذا كانت هناك زيادة فلا تكون من حقها ، وإنما تكون عليها بقيمتها [(٤)] .

هذا وقد تعرضت محكمة النقض عندنا لحق الزوجة فى استرداد أموال البائنة ؛ وأقرت هذا الحق ، حتى ولو كان انفصام العقد قد حدث بخطأ الزوجة على أن يراعى خصم ما قد يكون مستحقا للزوج [(٥)] كما بينت المحاكم عندنا أنه

---

(١) أنظر م ٨٧ من ابن شمعون . وتنص المادة ٩٠ على أن « مال الدوتة يرد إلى الزوجة عند طلاق زوجها أو وفاته ... »

(٢) تنص المادة ٩١ من ابن شمعون على أنه « يجب رد الشىء عينا لا ثمنا ، إلا إذا حصل التراضى على غير ذلك ، أو صار الشىء غير لائق للانتفاع به » .

(٣) تنص المادة ٨٨ على أنه « إذا هلك مال الدوتة ... كان هلاكه على الرجل » . كما تنص المادة ٩٠ على أنه إذا « نقصت القيمة عن أصلها ، وكان الشىء غير لائق للاستعمال فللزوجة الحق فى قيمته الأصلية » .

(٤) وقد عرضت المادة ٩٢ من ابن شمعون لحالة ما إذا « كان مال الدوتة عبارة عن شيئين ، ووقت الطلاق أو الوفاة صار أحد الشيئين بقيمة الاثنين » فقررت أنه يكون للزوجة « أخذ أحدهما . وإذا شاءت أخذ الثانى دفعت قيمته » .

(٥) والنزاع بين اسرائيليين . وتتلخص وقائعه فى أن الزوجة لما تزوجت بوثيقة أثبت فيها أنها دفعت ألف جنيه بائنة ، وعند الدخول تبين الزوج أنها ليست بكرا ، فطلب التصريح له =

إذا كان للزوجة أن تسترد البائنة ، فانه لا ارتباط بين حقها فى الاسترداد وبين حقها فى الميراث عنـد وفاة الزوج ومعنى ذلك أنه إذا كان للزوجة أن تسـترد بائنتها باعتبارها من حقها بعد وفاة زوجها ، فان هذا لا يمنع من أن ترث ، لأن الميراث أساسه القرابة ، أما البائنة فهى تتم بمناسبة الزواج [1] .

وأما بالنسبة للأموال **الانتفاعية** ، وهى الأموال التى ينتفع بها الزوج فقط

= بتطليقها ، وتم ذلك بوثيقة سلمت إليها . فطالبته الزوجة بدفع مبلغ البائنة وفوائده . دفع الزوج بأن البائنة قد استحالت إلى مصاغ ومتاع وجهاز اشترته لاعداد منزل الزوجية ، كما أنه أنفق على عقد الزوج ما يستلزمه من رسوم وكذلك أنفق ما يقتضيه القران من مصروفات ، وأن العرف يقضى باحتساب ذلك من البائنة . قضى ابتدائيا بالزامه بدفع البائنة . استأنف الزوج فحكم بأن يدفع البائنة مخصوما منها ما تم شراؤه والمصروفات ، فضلا عن قيمة المهر . وقد أقرت محكمة النقض فى صدد هذا النزاع فـكرة إعادة الطرفين إلى ما كانا عليه ، وأن من حق الزوج إعادة الأمتعة والأثاث وغيرها مما يكون قد أشترى من مال البائنة إلى الزوجة، مع ما يتبقى من بائنتها (أنظر حكم النقض فى ٢٧ من يونيه١٩٥٧ قضية ٣س ٢٦ ق، مجموعة المـكتب الفنى س ٨ عدد ٢ رقم ٧٤ ص ٦٥٣ — وانظر حكم الاستئناف الذى طعن فيه بالنقض سالف الذكر ، محكمة استئناف القاهرة فى ١٩٥٥/١٢/٢٨ رقم ٣٦٥ س٧٢ق ، وقد أشار إليه خفاجى ورابح ، السابق ص ٣٦) .

(١) أنظر حكم استئناف الاسكندرية فى ١٠ أبريل ١٩٥٥ المحاماة س ٣٦ رقم ٢٨٩ ص ٥٦٥ . وقد جاء فيه « القول بأنه لا يجوز الجمع بين قواعد الشريعة الموسوية التى تجيز البائنة وبين قواعد الشريعة الاسلامية التى لا تعترف بهذا النظام ، على غير أساس من القانون لأن الميراث أساسه القرابة ، وأما البائنة فهى التزام مدنى ، وهو وإن ثبت فى عقد الزوج ، إلا أنه لايدخل فى كيانه ، ولا يعد شرطا من شروطه . فهو نظام مالى لاصلة له بالزواج . ومجال تطبيقه فى القواعد المدنية . فلا ارتباط فى حق صاحب البائنة فى الميراث وبين حقه فى استرداد قيمة البائنة فى الأحوال التى تجيز هذا الاسترداد . ومن ثم لا يصح القول إن استرداد البائنة يختلط بحق الميراث ويؤثر عليه . فالبائنة دين مدنى ، وهو شىء غير الاستحقاق فى التركة . وإن الشريعة الموسوية وإن كانت تمنع ميراث الزوجة إلا أنها لم تستبدل البائنة بهذا الميراث . فهى تعترف بنظام المهر ، وكذلك بنظام البائنة ، وتجعل البائنة ومقابله دنيا فى ذمة الزوج يستحق عند الطلاق أو الوفاة » .

فقد عرضت لها شريعة الربانيين كذلك[١]. وهذه الأموال ملك للزوجة، ولهذا فانها تستلمها، وهى تستلمها بحالتها التى تكون عليها عند انقضاء الزوجية بالطلاق أو الوفاة، سواء نقصت هذه القيمة أم زادت[٢].

ولما كان للزوج الحق فى الانتفاع بأموال زوجته، فانه يكون له ثمارها، حال قيام الزوجية. فاذا انقضت ثارت المسألة بالنسبة لحكم الثمار. وقد عرضت المادة ٩٣ من ابن شمعون لهذا الحكم فقررت أنه «إذا دخلت الزوجة بأطيان ينتفع بها الرجل، وكان بها وقت وفاته أو عند الطلاق ثمر، فهو للمرأة، ولو كان الوقت وقت الجنى. أما إذا كان الثمر مجنيا فهو للرجل». أى أن العبرة فى هذا الصدد بالجنى[٣].

أما بالنسبة للمصروفات التى يكون الزوج قد صرفها على الأموال المملوكة لزوجته، والتى ينتفع بها، فانه يفرق بين ما إذا كان هو طالب الطلاق، وما إذا كانت المرأة هى السبب فيه.

فبالنسبة للحالة الأولى، وهى حالة ما إذا قام الرجل بالصرف على الأموال الانتفاعية وطلب الطلاق، يفرق بين فرضين: إذا كان قد انتفع بتلك الأموال

---

(١) أما القراءون فانه يبدو أن حكم هذه الأموال يخضع للاتفاق بين الزوجين، لأنه لاحق للزوج على أموالها التى ترثها مالم تأذن، وفى هذه الحالة يكون لها رسم طريقة انتفاع الزوج بها. وهذا خلافا لكد يدها، فله أن يستفيد منه، وخلافا لجهازها إذ له أن ينتفع به (أنظر ما سبق ص ٧٦٤ وكذلك شعار الخضر ص ١١٦).

(٢) أنظر المادتين ٨٧ و ٨٩ من ابن شمعون.

(٣) أنظر مع ذلك ما يقضى به القانون المدنى بالنسبة لحق المنتفع فى الثمار المادة ٩٨٧ والمادة ٢/٩٩٣.

فلا حق له فيما صرفه ، ولو زاد عن المنفعه التى عادت عليه . أما إذا لم يكن قد انتفع بها ، وعاد ما صرفه على العين بالتحسين ، فله قيمة ما صرفه بعد اليمين . وإذا كان المنصرف يربو عن قيمة التحسين ، فليس له إلاقيمة التحسين ،لا كل ما صرف بعد حلفه اليمين هنا أيضا [١] .

وفى هذه الحالة الثانية ، إذا كانت المرأة هى سبب الطلاق، فما يكون الرجل قد صرفه على أموالها يأخذه ؛ سواء عاد ماصرفه على أموالها بالمنفعة أم لم يعد، وسواء كانت المنفعة توازى المنصرف أم تقل عنه (م ٩٥) .

والأحكام السابقة هى الواجبة التطبيق إذا انتهى الزواج بالطلاق أوالوفاة أما إذا كانت الزوجة قاصرة وفسخت العقد ، فان الرجل يحاسبها على ما صرفه ويكون له أجر نظير عمله كأنه أجنبى ، وتحاسبه هى على ما انتفع به ، أو إذا شاء أخذ مصاريفه ، ولو انتفع بأكثر منها (م ٩٦) .

هذه هى أحكام الأموال الخاصة بالبائنة اولأموال الانتفاعية التى عرضت لها الشريعة اليهودية . والواقع أن فكرة الانتفاع القانونى التى تترتب للزوج على مال زوجته لا تعرفها الشريعة الاسلامية ، كما لا يعرفها القانون المدنى،فهى ترتبط بالعلاقات المالية بين الزوجين وتستقل بأحكام خاصة مما يجعل لها ذاتية مستقلة .

٢٠٢ مكرر « ٢٠ » ـ ٣ ـ الجهاز : عرضنا فيما سبق للأحكام المتعلقة بالجهاز فى الشريعة المسيحية[٢] . وقد عرضت القواعد الخاصة باليهود لأحكامه كذلك

(١) أنظر م ٩٤ من ابن شمعون .

(٢) أنظر ما سبق رقم ١٨٥ وخاصة ص ٩٦٠ وما بعدها .

فاذا دخلت المرأة بجهاز كان للزوج أن ينتفع به فقط ، أما ملكيته فتكون للزوجة[١] . وإذا ما انقضت الرابطة الزوجية يثار الكلام عن مصير مادخلت به الزوجة من جهاز . وهنا نفرق بين حالة ما إذا انقضت الزوجية بالموت وما إذا انقضت بالطلاق .

فاذا انقضت الزوجية بوفاة الزوج ، وطالبت الزوجة بجهازها ، كان عليها تقديم الوثيقة الدالة على ذلك[٢] . وبهذا تأخذ ما يكون موجودا من جهازها ، ولو قدم أو بلى أو نزلت قيمته . كما تأخذ قيمة ما هلك أو سرق من أشيائها الثابتة كالحلى والمصوغات بحسب قيمتها فى الوثيقة . وإذا فقدت الوثيقة أثبتت حقوقها بالبينة ، ويكون عليها أن تحلف اليمين أنها لم تتصرف فى شىء من حقوقها ولا أبرأت ذمة زوجها من شىء منها[٣] .

هذا وينص القراءون على أن الزوجة مفضلة فى أخذ ما يكون موجودا لها من الجهاز قبل غير من الدائنين ، ومن باب أولى الورثة . أما ما يكون لها فى ذمة الرجل من قيمة ما قد يلزمه من باقى الأشياء ، فتتقاسمه هو ومؤجل الصداق

---

(١) ويراعى أن الزوجة لا تجبر هنا أيضا على إعداد منزل الزوجية ، فكما يصح أن تدخل بجهاز ، يصح أن تدخل بدونه .

(٢) جاء فى شعار الخضر أنه ينبغى قبيل الاحتفال إثبات ما تدخل به المرأة من الحلى ونحوها كتابة نوعاً وقيمة ، وتضمن الرجل هلاكه أو سرقته . . . ولعل إرجاء بعضهم الاثبات إلى ما بعد سببه قلة الميسرة وعدم قدرتهم على الجهاز كله مرة واحدة ، فيترقبون استيفاءه ثم يثبتونه . . . ويحسن أيضا أن يكون من ضمن الاثبات بيان باقى الأشياء مما هو غير مسئول الزوج عنه كالملابس ونحوها . وإنما يكون هذا استيفاء للبيان ، تفرقة بين ما هو مسئول عنه وما هو غير مسئول ، وبين ما تملكه هى وما يملكه هو ، واحتياطا للمستقبل . . . » (ص ١٠٨ — ١٠٩)

(٣) شعار الخضر ص ١١٨

مع باقى الدائنين بالسوية [١] ، وذلك خلافا للربانيين الذين يجعلون للزوجة الأولوية فى أخذ جهازها وفى أخذ عوضه [٢].

وإذا ما انقضت الزوجية بوفاة الزوجة ، كان لورثتها ما هو موجود من جهازها ولو كان قديما أو باليا . وإذا هلك أو سرق شىء من أشيائها الثابتة ، فلهم قيمته بحسب الوثيقة [٣] .

أما إذا طلقت المرأة ، فما هو حكم الجهاز ؟ إذا تم الطلاق بخطأ الزوج فانه يكون للزوجة أن تسترد جهازها على نحو ما تقدم. أما إذا تم الطلاق بخطأ الزوجة فانها لا تأخذ من جهازا إلا ما كان فى حوزتها [٤] . وقد رأينا عند كلامنا عن الحالات التى يقع فيها الطلاق ، سواء لحق الرجل أم لحق المرأة أم لحق الشرع ، مدى ما يثبت للمرأة من حقوق بصفة عامة [٥] .

---

(١) شعار الخضر ص ١١٩ . وهذا هو الحكم بالنسبة للدائنين والورثة إذا كان لهم شىء عينى ووجد ، فانه يكون لهم أخذه بعينه ، وإذا عوض بآخر مثيله ، أخذوه محله ، أما ما يختلط فيقسم بينهم جميعا كل بنسبة ماله .

(٢) وقد جاء فى شعار الخضر ، ص ١١٩ . « وأما كونها تفضل على غيرها فى حقوقها جميعا ، فلم يوافق عليه جمهور علمائنا ، فانه كما أشهد الله على حقوقها أشهده على حقوق غيرها أيضا ، خلافا لاخواننا (الربانيين) فقد فضلوها على غيرها ، كما فضلوا الزوجة الأولى على من بعدها وهكذا » . وعند الربانيين « ما يملكه الرجل يكون ضامنا شرعا لما للزوجة من الحقوق (م ١٤٥) .

(٣) ص ١١٨ شعار الخضر . ويراعى أنه يكون للورثة بصفة عامة ماللزوجة مورثتهم بحسب الوثيقة عد المؤجل فهو لا يورث عند القوائين كما قدمنا .

(٤) وهذا الحكم يعمل به لدى كل من الربانيين والقرائين . هذا وتنص المادة ١٧١ من أبن شمعون على أن « ما كان فى حيازة أبى الزوجة مما دخلت به يعتبر كما لو انه فى حيازتها هى » .

(٥) من ذلك ما رأيناه بالنسبة للزانية مثلا ، من أنه ليس لها من حقوقها سوى ما يكون لها =

ثالثا : بالنسبة للأولاد

٢٠٢ ـ مكرر (٢١) ـ تمهيد : لاتتأثر حقوق الأولاد قبل الوالدين بانقضاء الرابطة الزوجية ، إذ تبقى شرعية نسبهم ، كما تبقى لهم المزايا التى كانت لهم حال قيام الزوجية بين الوالدين . وفى صدد الكلام عن آثار انقضاء الرابطة الزوجية ، يثار الكلام حول العناية بتربية الأولاد إذا كانوا صغارا . ويختلف الأمر بحسب أطوار حياة الصغير ، كما قدمنا عند كلامنا عن أحكام الشريعة المسيحية ؛ ففى البداية يكون فى حاجة إلى الرضاع والحضانة ، ثم بعد ذلك يكون فى حاجة إلى العناية والتربية . ولهذا نتكلم عن الرضاع والحضانة ثم نعرض للولاية على نفس الصغير .

§ ١ — الرضاع

٢٠٢ ـ مكرر (٢٢) ـ الرضاع حق للأم وواجب عليها ـ أجر الرضاع : لا يتأثر مركز الطفل الرضيع بانقضاء الرابطة الزوجية ؛ فالأم أحق بإرضاع وليدها . وقد تعرضت القواعد الخاصة بالقرائين والربانيين لأحكام الرضاع . ولكن القرائين لم يعرضوا لها بصورة مفصلة فى شعار الخضر ، وإنما نقل صاحب هذا المرجع عن بعض المراجع الأخرى بعض الأحكام نقلا موجزا . وقد جاء فى شعار الخضر أنه « ليس للوالد أخذ المولود من مطلقته لإرضاعه بظئر (مرضع)

= فى حوزتها من الجهاز تأخذه وتطلق (أنظر ١٨١-١٨٣ بالنسبة للربانين ، وص ١٢٠ شعار الخضر بالنسبة للقرائين) . ومن ذلك ما جاء بالنسبة للمستهينه بشرع النبى ، أو بصفة عامة كل مارقة عن الدين شرعا ، فانها تطلق بلا حقوق ، عدا ما هو فى حوزتها من الجهاز (أنظر ص ١٢٠-١٢١ شعار الخضر . وانظر كذلك بالنسبة للريبة س ١٢١ من المرجع نفسه ، وبالنسبة لمن ترمى نفسها بالفحشاء ، ص ١٢٢) .

غيرها ، فان لبن الأم خير من لبن غيرها ، ولو كان غير جيد ، فهو مع ذلك أوفق للمولود ، ضرورة كونه ربى فى أحشائها ، وانطبع على التغذى منها وهو جنين . كذلك لا يجوز للأم أن تكل إرضاعه إلى غيرها ، سواء لتتزوج أم لغير ذلك»[١] . ومن هذا نتبين أن الرضاع حق للأم ، فلا يجوز أخذ الولد منها ، وهو فى الوقت نفسه واجب عليها ، إذ لا يجوز لها أن تكل إرضاع وليدها إلى غيرها .

وعند الربانيين يعتبر الرضاع حقا للأم كذلك، ولهذا نصوا على أنه «ليس للرجل أن يكره زوجته على أن يرضع ولدها غيرها » (م ٨٢) . كما أنه كذلك واجب عليها فى بعض الحالات ، ذلك أنه إذا كان للمطلقة التى لها رضيع « أن ترفض الرضاعة أو تطلب أجرا » ، فانه ليس لها « أن ترفض إرضاع الرضيع إذا هو لم يقبل ثدى غيرها »[٢] . وهذا ما جعلهم ينصون فى هذا الصدد كذلك على أنه « إذا نذرت المرأة أن لا ترضع فنذرها لغو لا قيمة له » (م ٨٠) .

وإذا كان للمطلقة أن تطلب أجرا عن إرضاع وليدها ، فان هذا « الأجر على الرضاعة لا يغنى عن نفقة الرضيع » (م ٣٩٠) .

وإذا توفى الأب ، فانه لا يجوز للأرملة أن تنتقل بالرضيع من موطن أهله بغير رضاهم ، مالم تأذن لها السلطة الشرعية (م ٣٩٩ من ابن شمعون) .

---

(١) شعار الخضر ص ١٤٠ هامش ٤ ص ١٤٠ .

(٢) أنظر المادتين ٣٨٨و٣٨٩ من ابن شمعون .

§ — ٢ — الحضـــانة

٢٠٢مكرر ٢٣ —د— تفصيل أحكامها لدى الربانيين ، بخلاف القرائين — تقسيم البحث : لم يورد القراءون أحكاما مفصله بالنسبة للحضانة بخـــلاف الربانيين . وكل ما أورده شعار الخضر فى هذا الصدد أنه « ليس للوالد أخذ المولود بعد الفطام ، بل الواجب إبقاؤه عندها حتى يكبر ، ثم إذا كان لا يطيق مفارقتها ، فلا يليق أخذه منها قهرا » . أما الربانيون . فقد تكلموا عن الحضانة فى المادة ٣٩١ وما بعدها .

ونعرض فيما يلى لأحكام الحضانة فنبين لمن تثبت ، وشروطها ، وأجرها ، ومكانها ثم انقضاؤها .

لمن تثبت الحضانة ؟ تثبت الحضانة للأم أولا . وهذا الحكم لا يختلف فيه القراءون والربانيون[١] .

ولـكن هذه الأولية تنتقل إلى الرجل ، كما نصت القواعد الخاصة بالربانيين « إذا كان من حالة الأم مايدعو إلى ذلك »[٢] . وقد نصت هذه القواعد كذلك

---

(١) فهو مفهوم من العبارة الســابقة فى المتن ، التى أوردها شعار الخضر (ص ١٤١) والتى تقضى بأنه «ليس للوالد أخذ المولود بعد الفطام ، بل الواجب إبقاؤه عندها حتى يكبر » . وقد نصت المادة ٣٩١ من ابن شمعون بالنسبة للربانيين على أن « الأم أولى بحضانة الولد حتى يكمل ست سنين ، وبالبنت حتى تتزوج » .

(٢) م ٣٩٢ من ابن شمعون : وذلك كما إذا لم تكن الأم أهلا للحضانة أو لم تتوافر فيها الشروط التى سنتكلم عنها فيما يلى . وهذا الحكم يمكن أن يطبق كذلك بالنسبة للقرائين ، لأنه مفهوم ، دون النص عليه . ولـكن لا يكفى لـكى تزول الحضانة عن الأم مجرد زواجها من غير أب الطفل . وهذا ما نصت عليه م ٣٩٣ إذ قالت « مجرد زواج الأم لا يجعل للأب حق الأولوية » .

على حالات يكون فيه الأب أولى بحضانة الصغير من الأم ، وذلك كما إذا أرادت الانتقال به من بلد أبيه[١].

وإذا كانت الأولوية تثبت للأم على النحو السابق ، ما لم يوجد ما يدعو إلى سلب هذه الأولوية وانتقالها إلى الأب ، فان لها أن تترك حقها فى الحضانة. فقد نص الربانيون على أن « للمطلقة رفض الحضـانة متى شاءت[٢] » ، مع مراعاة أنه « إذا تركت الأم حقها فى الحضانة جاز لها الرجوع إليها » (م٣٩٦).

لا جدال إذن فى أن أولوية الحضانة تثبت للأم ، لـكن قد يثور الشك بالنسبة لمن يليها فى الحضانة ، خاصة وأن النصوص تبدو متعارضة فى هذا الصدد لدى الربانيين . ومع ذلك فان ما يبدو أن أغلبية النصوص تؤيده هو أن الأولوية تـكون للأب بعد الأم . يؤيد هذا ما نص عليه من أنه « تنتقل الأولوية إلى الرجل إذا كان من حالة الأم ما يدعو إلى ذلك» ، ومن أن «مجرد زواج الأم لا يجعل للأب حق الأولية » ، ومن أنه « ليس للأم أن تنتقل بالمحضون من بلد أبيه ، وإلا كان أولى به »[٣].

---

(١) إذ تنص المادة ٣٩٤ من ابن شمعون على أنه « ليس للأم أن تنتقل بالمحضـــون من بلد أبيه ، وإلا كان أولى به » . أما « إذا كانت المحضونة بنتـاً ، فللسلطة الشرعية أن تأذن بالانتقال إذا تراءى لها ذلك » .

(٢) م ٤٠٠ من ابن شمعون . كما أنه «يحق للأم بعد الفطام أن تتخلى عن الحضانة» (م ٤٠٨) .

(٣) انظر على التوالى المواد ٣٩٢ و ٣٩٣ و ٣٩٤ من ابن شمعون . ويؤيده أيضاً ما تنص عليه المادة ٤٠٤ من أنه « إذا تيتم الأولاد من أمهم وأبيهم ، فالأولى بحضانتهم أم الأب » . وما تنص عليه المادة ٤٠٨ من أنه« يحـــق للأم أن تتخلى عن الحضانة ، فاذا كان الأب غائباً أو ميتاً ، فالسلطة الشرعية النظر فيمن يتولى أمر الأولاد » . =

ويلى الأب فى الترتيب أم الأب بدليل ما نص عليه فى المادة ٤٠٤ من أن هذه الأخيرة تكون أولى بحضانة الأولاد عند تيتمهم بموت الأب والأم ، ويلى أم الأب أم الأم .

ويراعى أنه فى جميع الأحوال يترك الأمر للسلطة الشرعية لترى رأيها المناسب لمقتضى الأحوال فيمن يكون أصلح للحضانة من غيره . وهذا ما يجعلها تقدر من هو أحق بالحضانة ، بحسب ظروف كل حالة على حدتها ، دون مراعاة للترتيب السابق [١] .

شروط الحضانة : لم تتكلم النصوص لدى الربانيين صراحة عن شروط

= ومن هذه النصوص جميعا يتضح أن الأولوية للأب بعـــد الأم . ومع ذلك فان هناك نص يفهم منه أن الحضانة تنتقل من الأم إلى أم الأب وهو نص المادة ٤٠٢ إذ تقضى بأ « « إذا توفيت الأم فلا تنتقل الحضانة بعدها إلى أمها ، وإنما إلى أم الأب » ، مع أن نص المادة ٤٠٤ سالف الذكر يجعل أم الأب أولى بحضانة الأولاد عند عدم وجود الأم والأب ، أو بعبارة النص نفسها عند « تيتم الأولاد من أمهم وأبيهم » . مما يعني أن الحضانة تثبت للأم فالأب ، وإلا كانت لأم الأب بعد وفاة الاثنين . وجعل الحضانة للأب بعد الأم هو ما يؤيده نص العبارة الواردة فى شعار الخضر لدى القرائين فى هذا الصدد ، إذ جاء أنه « ليس للوالد أخذ المولود بعد الفطام بل الواجب إبقاؤها عندها حتى يكبر » ، ومفهوم هذا أنه ينبغى أن تتوافر فى الأم شروط الحضانة ، وإلا كان للوالد أخذه منها .

(١) وقد نصت على هذا الحكم المادة ٤١٠ وانظر كذلك المادة ٤٠٣ وتقضى بأن « للسلطة الشرعية أن تأذن بالحضانة إلى أم الأم إذا كانت حضـــانة الأب غير موافقة » . والمفروض فى الواقع أن الكلام عن حق أم الأم فى الحضانة يثار بعد حق أم الأب ، لا بعد حق الأب كما جاء فى هذا النص . وعلى أية حال فان إعطاء السلطة الشرعية النظر فيمن هو أولى بالحضانة ، بحسب الظروف ، يخفف من تعارض النصوص الذى أشرنا إليه بالهامش السابق.

هذا وقد جاء فى حــكم حاخامخانة الاسكندرية فى ٢١-١٢-١٩٥٣ صالح حنفى ١ ص ٢٠٠ — ومشار إليـه كذلك فى خفاجى ورابح ص ١٥٥ — أنه « يتعين إعمال الاتفاق بين الزوجين بالنسبة لحضانة أولادهما ، لأن الاتفاق ملاحظ فيه مصلحة الأولاد ».

من تثبت له الحضانة ، وإنما يمكن القول بأنه يلزم أن يتوافر بالنسبة لمن تثبت له البلوغ والعقل ، والديانة ، والأمانة ، والقدرة على تربية الصغير . وضرورة توافر شروط معينة فيمن تثبت له الحضانة هو ما يفهم من نصهم على أن الأولوية تنتقل من الأم إلى الرجل « إذا كان من حال الأم ما يدعو إلى ذلك » . وهو ما يفهم كذلك من نصهم على أن « للسلطة الشرعية أن تأذن بالحضانة إلى أم الأم ، إذا كانت حضانة الأب غير موافقة » ، أي إذا لم تتوافر شروط الحضانة . وبصفة عامة ، فإن جعل الأمر في النهاية ، بالنسبة لاختيار من هو أصلح للحضانة ، للسلطة الشرعية ، يعني أنها تختار أو ترفض على أساس توافر أو عدم توافر هذه الشروط فيمن يقضى له بها . على أنه إذا كان يلزم أن تتوافر الشروط السابقة ، فان الحضانة قد تثبت للأم ، حتى ولو كان الطلاق بسببها[1] ، بل إنه يبدو أن مجرد زواج الأم لا يجعلها تفقد

---

(١) ذلك أن المادة ٤٠٠ تجعل للمطلقة رفض الحضانة ، ومعنى هذا أن لها الحق فيها ، والمطلقة هنا بمعناها المطلق ، يمكن أن تشمل أي مطلقة ، مهما كان سبب الطلاق ، متى توافرت فيها أهلية الحضانة ، وإن كان يمكن أن يدخل خطؤها في الاعتبار فلا يقضى لها بها متى كانت غير أهل للحضانة . ويبدو أن محكمة النقض عندنا تقر هذا الحكم ، إذ قضت بأنه « إذا كان الحكم القاضي بتطليق الزوج من زوجته للريبة طبقاً للشريعة الموسوية لطائفة القرائين قد أحال الدعوى إلى التحقيق للتثبت من أهلية المطلقة للحضانة ، فان إحالة الدعوى إلى التحقيق لا تتعارض مع ما انتهت إليه المحكمة من قيام مبرر الطلاق . إذ أن الأم لا تحرم من حضانة ولدها إلا إذا كانت لا تؤمن على أخلاقه ونفسه بسبب اعوجاج سلوكها ، وهو ما أرادت المحكمة تحقيقه » (نقض في ١٠ يناير ١٩٥٧ مجموعة المكتب الفني س ٨ عدد ١ رقم ٥ ص ٦٠) . وعلى ذلك فانه لا يكفي أن تطلق الزوجة للريبة حتى تنعدم أهليتها للحضانة . ذلك أنه في حالة الطلاق — كما جاء في الحكم السابق — تكون الحضانة للأم إذا كانت أهلا لها ، فاذا لم تكن كذلك ، فهي للأب . والإحالة إلى التحقيق للتثبت من أهلية المطلقة للحضانة لا يتعارض مع ما انتهت إليه المحكمة من قيام مبرر الطلاق . وانظر كذلك جميل الشرقاوي في مقاله عن آثار الطلاق في شرائع غير المسلمين بمجلة المحاماة س ٤١ ص ٢٣١ حيث يقول « إن شريعة اليهود الربانيين لا تقيم صلة بين المسئولية عن الطلاق وبين الحق في الحضانة » .

حقها فى الحضانة[1].

وإذا لم تتوافر الشروط السابقة، لا يكون الشخص أهلا للحضانة، وتكون لمن يليه فى الترتيب ، مع مراعاة حق السلطة الشرعية فى الاختيار ، كما قدمنا .

اجر الحضانة : ليس لمن تثبت له الحضانة أجراً عليها ، وإنما يلزم الأب بالنفقة شرعاً للرضيع والمحضون. وهذه النفقة تقدر بقدر ميسرة الأب، ومنزلته بين الناس[2].

مكان الحضانة : يجب على الحاضنة أن تقيم فى بلد الأب . فاذا كانت الحضانة للأم ، فليس لها أن تنتقل بالمحضون من بلد أبيه ، وإلا كان الأب أولى به (م ٣٩٤) . هذا إذا كان المحضـــــون ولداً (ذكراً) . أما كانت المحضونة بنتاً ، فللسلطة الشرعية أن تأذن بالانتقال إذا تراءى لها (م ٣٩٥) . وإذا انقضت الزوجية بوفاة الأب ، وأرادت الأرملة أن تنتقل بالرضيع من موطن أهله ، فلا يجوز لهـا ذلك بغير رضاهم ، ما لم تأذن لها السلطة الشرعية[3] .

انتهاء الحضانة : تستمر الحضانة بالنسبة للولد حتى يكمل ست سنين ،

---

(١) وهو ما يفهم من المادة ٣٩٣ التى لا تجعل للأب حق الأولوية لمجرد زواج الأم .

(٢) تنص م ٤٠٩ على أن « الحضانة لا أجر لها ، وإنمـا للرضيع والمحضون النفقة شرعاً » كما تنص م ٤٠١ على أن « نفقـة الحضانة على الأب بقدر ميسرته ومنزلته بين الناس » .

(٣) انظر المادة ٣٩٩ من ابن شمعون .

وبالنسبة للبنت حتى تتزوج[١]، وهذا الحكم عند الربانيين[٢].

§ ـ ٣ ـ الولاية على النفس ـ ضم الصغير

٢٠٢مكرر (٢٤) : التعريف بها وأحكامها : تتعلق الولاية على النفس بنقل الصغير من يد من له حضانته إلى من تثبت له الولاية ، ليقوم برعايته وتربيته وتزويجه إذا لزم ، وذلك حتى يبلغ رشده[٣]. وقد عرفتها المادتان ٦٣٢ و٦٣٦ من ابن شمعون بالنسبة للبنت والولد إذ قضت المادة ٦٣٢ بأن « الولاية على النفس كناية عن حق التربية والتعليم ، واستخدام البنت عند من يريد أبوها ، وتزويجها لمن شاء ، وإلغاء نذرها ويمينها ..[٤]» . وبالنسبة للولد (الابن) قضت المادة ٦٣٦ بأن « ولاية الأب على النفس والمال ، فله تربية ابنه وتعليمه ثم قبض أجرة عمله ، وما قد يعثر عليه فى الطريق ، مادام على نفقته ولو بلغ » .

---

(١) وهذا فى حالة ما إذا كانت الحضانة للأم ، كما جاء فى المادة ٣٩١ من ابن شمعون. ومع ذلك ، فانه « إذا لم يرغب الولد إلا أن يقيم مع أمه بعد مدة حضانته ، فليس لأبيه أخذه بالقوة ، ولا يمنع هذا من قيامه بشئونه » (م ٣٩٧) . وكذلك فى حالة ما إذا كان هناك وصى على الصغير . فاذا تعلق الولد بأمه بعد انقضاء مدة حضانته ، فليس لوصيه أخذه منها (م ٤٠٧) . وهذا مع مراعاة حكم المادة ٤٠٥ من أنه إذا أبى الولد مفارقة أمه فلا يلزم أبوه بنفقته . أما بالنسبة للبنت ، فانها إذا شاءت أن تقيم مع أبيها أو مع اخوتها ، اذا مات الأب ، فلا مانع (م ٣٩٨) .

(٢) ويبدو أن الأحكام الخاصة بالقرائين لا تفرق بين الذكر والأنثى ، اذ تجعل للأم حضانة المولود حتى يكبر ، دون تحديد لسن معين . واذا كان المولود (ذكراً كان أم أنثى) لا يطيق مفارقتها فلا يليق أخذه منها قهراً (شعار الخضر ص ١٤١) .

(٣) انظر ما سبق لنا بيانه فى هذا الصدد فى الشريعة المسيحية رقم ١٩٤ ص ٩٨٢ .

(٤) انظر باقى نص المادة ٦٣٢ ، وهو يعرف الولاية على النفس والمال معاً ، كما جاء نص المادة ٦٣٦ بالنسبة للولد على ما سنرى فيما يلى .

ومن الواضح أن التعريف هنا ينصرف إلى الولاية على النفس والمال معاً . والمهم بالنسبة للولاية على النفس أنه يكون على الولى واجب الرعاية والتربية والتعليم (١) وتزويج البنت .

وإذا كانت القواعد الخاصة بالربانيين تنظم أحكام الولاية النفس والمال معاً ؛ فانه لم يعد لأحكام الولاية على المال من أهمية بعد أن وحدت قواعدها بالنسبة لجميع المواطنين ، كما قدمنا . أما ما جاء بالنسبة للولاية على النفس من أحكام ، فانه يجب العمل به ، متى توافرت شروط تطبيق الشريعة اليهودية ، وفيما لا يتعارض مع ما جاء به المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بالنسبة لحالات سلب الولاية على النفس وجوبيا أو اختياريا ، طبقا لما بينا من قبل عند كلامنا عن الولاية على النفس فى الشريعة المسيحية (٢) .

لمن تثبت الولاية ؟ يفرق الربانيون فى هذا الصدد بين البنت والولد . ذلك أنهم بالنسبة للبنت يجعلون لأمها حضانتها — فى الأصل — إلى أن تتزوج (م ٣٩١) . ومع ذلك فانهم يجعلون للأب الولاية شرعا على بنته فى النفس والمال إلى أن تتزوج وتبلغ رشدها ، ولو كانت فى حضانة أمها (م٦٣١) . أما بالنسبة للولد ، فانه إذا انقضت حضانته ببلوغ الست سنين ، كان لأبيه أخذه . وهذا الحق فى أخذ الولد ، أو ضمه ، ينتقل بعد وفاة الأب إلى أب الأب .

---

(١) وتهتم القواعد الخاصة بالربانيين بتعليم الدين ، فتنص المادة ٦٦١ على أن « الاتفاق على القصر فى تعليمهم الدين لازم ، ولو كانوا غير مكلفين شرعاً بفروضه لصغر سنهم » .

(٢) انظر فيما سبق ، رقم ١٩٧ وخاصة ص ٩٨٩ وما بعدها .

فاذا لم يكن ، بقى الولد فى حضانة أمه ولو أوصى الأب بغير ذلك . فاذا ماتت انتقل حق الأخذ إلى أمها[1] .

شروط من تثبت له الولاية : لا تتضح هذه الشروط من القواعد التى أوردها الربانيون فى هذا الصدد ، وإنما يمكن القول ، كما هو الشأن بالنسبة للحضانة ، أنه يلزم شرط الديانة والبلوغ والعقل ، وحسن الخلق ، والقدرة على القيام بواجبات الولاية بصفة عامة . وللسلطة الشرعية النظر فى توافر هذه الشروط ، فاذا لم تتوافر ، أو لم يتوافر أحدها . كان لهذه السلطة أن تعين شخصاً آخر[2] .

---

(١) انظر م ٤٠٥ و ٤٠٦ من ابن شمعون . هـذا هو ما جاء فى صدد الكلام عن الحضانة . وقد عرضت النصوص الواردة فى الباب الخاص بالولاية بصفة عامة ، لمن تثبت له الولاية على الولد ، فقررت أنها للسلطة الشرعية ، ثم لأبيه ، ثم لجده من الأب ، ثم لأمه (م ٦٣٤) ثم بينت المادة ٦٣٥ أن « ولاية السلطة الشرعية هى أنها تقيم للولد وصياً إذا لم تر أباه يؤتمن على ما للولد من مال » . والواقع أن الأمر يتعلق فى هـذه الحالة الأخيرة بتعيين وصى بالنسبة للولاية على المال . وإذا كان يمكن أن يكون للأب الولاية على النفس والمال ، فان ولاية الجد والأم من بعده إنما هى على النفس إذا توفى الأب (انظر م ٦٣٦ و ٦٣٧) . ويراعى أنه لا ينبغى أن يخل تطبيق الأحكام الواردة فى هذا الصدد بالأحكام الواردة فى المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال .

أما بالنسبة **للقرائين** فان الحق فى ضم الصغير بعد انتهاء الحضانة يكون للأب ، وهذا ما يفهم مما جاء فى شعار الخضر ، ص ١٤١ .

وعلى أية حال ، فانه يمكن القول بالرجوع فى بيان أحكام الضم بصفة عامة بالنسبة للقرائين ، إلى ما أورده الربانيون على اعتبار أن تنظيمها ليس من المسائل الخلافية بين المذهبين (جميل الشرقاوى ، المقال السابق بمجلة المحاماة س ٤١ ص ٢٣٣) .

(٢) واستلزام توافر شروط معينة فيمن تثبت له الولاية يفهم من نص المادة ٦٣٥ التى =

سلب الولاية والحد منها : إذا لم تتوافر فى الولى الشروط السابقة ، كان للسلطة المختصة أن تسلبها منه ، وتعين من يليه فى الأحقية. وإلى جانب ذلك فان هناك حالات نص عليها القانون يتعين فيها سلب الولاية على النفس ممن تثبت له، وحالات يجوز فيها سلب الولاية أو وقف كل حقوقها أو بعضها. وهذه الحالات عامة بالنسبة للجميع ، على ما بينا .

هذا وقد رأينا كذلك أن القانون قد أجاز بالنسبة للأولياء فى بعض الحالات أن يطلبوا استرداد الولاية أو ما سلب منهم من حقوق ، طبقا لما سبق بيانه من قبل (١).

انتهاء الولاية : تظل الولاية على البنت إلى أن تتزوج وتبلغ رشدها . وإذا بلغت أو طلقت زالت الولاية عنها ، ولوظلت قاصرة (٢). أما بالنسبة للولد فان الولاية تظل عليه إلى أن يبلغ رشدة . وسن الرشد فى الشريعة اليهودية عشرون سنة (٣). وهذه هى السن التى تنتهى فيها الولاية على النفس . أما الولاية على المال فتنتهى ببلوغ الحادية والعشرين بالنسبة للجميع من مسلمين وغير مسلمين .

= تجعل للسلطة الشرعية أن تقيم وصياً « إذا لم تر أباه يؤتمن على ما للولد من مال » ولو أن الأمر يتعلق بالولاية على المال ، إلا أنه يقر مبدأ توافر شروط معينة فى الولى. وهو ما يفهم كذلك من نص المادة ٦٤٨ والذى يقضى بأن على السلطة الشرعية مراقبة وصيها ، فاذا لاحظت ما يوجب تغييره بادرت وغيرته .

(١) انظر بالنسبة لاسترداد الولاية ص ٩٩٣ فيما سبق.

(٢) انظر المادتين ٦٣١ و ٦٣٣ من ابن شمعون .

(٣) انظر المواد ٦٧٧ و ٦٧٨ و ٦٧٩ من ابن شمعون .

الباب الثانى

رابطة القرابة

٢٠٣ ـ تقسيم : تتحدد القرابة على أساس مركز الشخص فى أسرة معينة باعتباره عضواً فيها تربطه بباقى أعضائها رابطة نسب أو رابطة مصاهرة . وهذا ما تعرض له القانون المدنى بالتنظيم ، مما يؤدى إلى تعميم القواعدالتى تكلم عنها فى هذا الصدد على جميع المواطنين على اختلاف دياناتهم ومذاهبهم ، فى حدود ما جاءت به تلك القواعد . ولكن الشريعة المسيحية بصفة خاصة قد تكلمت عن أنواع أخرى من القرابة ورتبت عليها آثارا معينة ؛ فهناك قرابة تنشأ عن الرضاع وهناك قرابة تنشأ بطريق صناعى وهى القرابة التى تنشأ عن التبنى . ثم إلى جانب ذلك هناك القرابة الروحية أو قرابة الأشابين . ونرى أن نعرض فى إيجاز للمصادر المختلفة التى تنشأ منها القرابة أو لأنواعها المختلفة ، فاذا ما انتهينا من ذلك عرضنا للآثار التى تترتب عليها ، وبصفه خاصة فى نطاق الأحوال الشخصية ، لدى غير المسلمين .

الفصل الأول

الأنواع المختلفة للقرابة

٢٠٤ - قرابة النسب : هى القرابة التى تقوم بين الأشخاص على أساس الدم المشترك ، ولاشتراكهم فى أصل واحد . فيعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك . وقد نصت المادة ٣٤ مدنى على هذا بقولها: « ١ - تتكون أسرة الشخص من ذوى قرباه ٢ - ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك ». وهذا النوع من القرابة إما أن يكون قرابة مباشرة أو قرابة غير مباشرة (قرابة حواشى) . ولا تختلف الأحكام الواردة فى هذا الشأن باختلاف ديانات الأفراد .

والقرابة المباشرة أو القرابة على الخط المستقيم parenté en ligne directe هى الصلة بين الأصول والفروع كالصلة بين الجد والأب والابن ، ويستوى فى ذلك أن يكون التفرع عن طريق الذكور أو عن طريق الإناث . فالقرابة تقوم بين الجد وفروعه الذين ينحدرون عنه كالبنت وبنت البنت أو ابن البنت ، وكذلك تقوم بين الجدة وفروعها كالابن أو البنت وفروع أى منهما ذكوراً أو إناثا .

أما قرابة الحواشى ، فهى قرابة غير مباشرة أو على الخط غير المستقيم parenté en ligne collatérale وهى رابطة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر ، أى لاينحدر أحدهم من الآخر ،

وإن اشتركوا فى أصل واحد . مثل قرابة الأخ لأخيه، فهى قرابة غير مباشرة إذ لا ينحدر أحدهما من الآخر ، وإنما يلتقيان عند أصل مشترك هو الأب ، وكذلك يعتبر من هذا النوع قرابة الأعمام والعمات والأخوال والخالات وفروع كل من هؤلاء ، إذ يلتقى الشخص مع عمه أو عمته أو خاله أو خالته عند الأصل المشترك وهو الجد لأب فى الحالة الأولى والجد لأم فى الحالة الثانية .

وقد بينت المادة ٣٦ مدنى كيفية احتساب درجات القرابة سواء كانت قرابة مباشرة أم قرابة حواشى. فبالنسبة للقرابة المباشرة يعتبر كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل . وعلى ذلك يعتبر الابن فى الدرجة الأولى وابن الابن فى لدرجة الثانية وهكذا . وبالنسبة لقرابة الحواشى تعد الدرجات صعودا من الفرع إلى الأصل المشترك ، ثم نزولا من الأصل إلى الفرع الآخر . وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة . فالأخ مثلا فى الدرجة الثانية بالنسبة لأخيه أو لأخته، لأن الأصل المشترك بينهما هو الأب، والصلة بين الأخ والأصل والمشترك (الأب) درجة ، وبين الأصل (الأب) والأخ أو الأخت درجة ، فيكون المجموع درجتين ... وهكذا [1].

وهذا النوع من القرابة يقوم عن طريق ثبوت النسب . وقد سبق لنا التعرض لثبوت النسب وبينا أن هذا الموضوع يعد من مسائل الأحوال الشخصية ، وأن القواعد الخاصة بغير المسلمين تنطبق دون جدل فى حالة ما إذا

---

(١) انظر مؤلفنا فى المدخل للعلوم القانونية الجزء الثانى فى نظرية الحق ، ١٩٦٠ ١٥٠ — ١٥١ . وانظر فيما سبق رقم ١١٨ ص ٥٤٢ وما بعدها من هذا الكتاب .

رفعت دعوى النسب استقلالا ، وبشرط أن تتوافر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين [١].

ويثبت النسب ، كما قدمنا ، عن طريق مستخرج من السجلات يتضمن صورة من القيد الذى أجرى فى سجل المواليد . فاذا ما وجد هذا المستخرج ثبتت البنوة عن طريقه . ولا يمكن إثبات عكس ما جاء به أو بالسجلات ، كما لا يمكن إثبات بطلانه أو تزويره إلا بحكم قضائى . فاذا لم يوجد هذا الدليل أصلا ، جاز الإثبات بكافة الطرق [٢].

وقد سبق لنا التعرض لثبوت النسب حال قيام الزوجية وكذلك لثبوت نسب الأولاد غير الشرعيين ، سواء عن طريق التصحيح أم عن طريق الإقرار بالنسب والادعاء به ، أم عن طريق القضاء ، طبقا لأحكام الشريعة المسيحية [٣]. كما رأينا كذلك أحكام الشريعة اليهودية بالنسبة لثبوت النسب حال قيام الزوجية ، وإثبات النسب من زواج لم يستكمل أركانه ، وإثبات نسب الولد من زواج ثان ، والاقرار بالنسب ، وإثبات نسب اللقيط [٤].

---

(١) انظر فيما سبق فقرة ١٩ ص ٧٠-٧٣ . وكذلك فقرة ١٤٤ وما بعدها ص ٧٤١ وما بعدها بالنسبة للمسيحيين وفقرة رقم ١٤٧ مكرر (٩) وما بعدها ص ٧٨١ بالنسبة لليهود .

(٢) انظر ماسبق ص ٧٤٨ و ٧٤٩ هامش ١ .

(٣) انظر فيما سبق ،رقم ١٤٥-١٤٦ ص ٧٤٣ وما بعدها .

وبالنسبة لثبوت النسب طبقاً لأحكام الشريعة الاسلامية انظر : أبو زهرة ، السابق ص ٣٨٤ وما بعدها . محمد يوسف موسى السابق ط ١ س ١٩٥٦ ص ٣٦٠ وما بعدها . عمر عبد الله ، السابق ص ٤٠٦ وما بعدها .

(٤) انظر فيما سبق ، رقم ١٤٧ مكرر ١٠ وما بعدها ص ٧٨٣ وما بعدها .

٦٠١ ـ قرابة المصاهرة: هى القرابة التى تقوم نتيجـة للزواج . وهى تقوم بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر . وقد نصت المادة ٣٧ مدنى على أن « أقارب أحد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر » . فأقارب الزوج قرابة دموية فى الدرجة الأولى أو الثانية يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة للزوجة عن طريق المصاهرة فى الدرجات نفسها ، وهذا هو الحكم بالنسبة لأقارب الزوجة (١) .

ولا تقوم قرابة المصاهره إلا بالزواج الصحيح حتى لو لم يكن مكتملا بالدخول على نحو ما بينا من قبل . ولا تثور صعوبة ما بالنسبة لاثبات القرابة الناشئة عن المصاهرة ، فهى تثبت بقيام زواج صحيح بين الزوجين ، ومتى ثبت ذلك قامت القرابة وترتبت عليها آثارها ، سواء لدى المسيحيين أم لدى اليهـود .

٦٠٢ ـ الانواع الأخرى من القرابة التى نظمتها الشرائع الدينية : هنـاك أنواع من القرابة لا تقوم على النسب أو المصاهرة ، ولـكنها تقوم على أسس أخرى نصت عليها القواعد الخاصة بالطوائف المسيحية . وهـذه هى القرابة الروحية والقرابة الناشئة عن التبنى ، والقرابة الناشـــئة عن الرضاع . وقد سبق لنا التعرض لهذه الأنوع المختلفة من القرابة بصدد الـكلام عن موانع الزواج فى الشريعة المسيحية (٢) .

---

(١) انظر ما سبق فقرة ١١٩ ص ٥٤٩ .

(٢) انظر ما سبق فقرة رقم ١٢٠–١٢٢ ص ٥٥٥ وما بعدها . وهذه الأنواع من القرابة لا تعرفها الشريعة اليهودية .

القرابة الروحية : هى القرابة الناشئة عن العماد المقدس والتى تقـوم بين خادم سر العماد (الشبين أو الإشبين) وبين الشخص المعمد ووالديه .

ويثبت هذا النوع من القرابة بقبول الشبين الثابت فى السجلات المعدة لذلك ، وإلا بشهادة الشهود على قيام هذا النوع من القرابة . ومتى ثبتت ترتب عليها أثرها من حيث اعتبارها مانعا من موانع الزواج فى الحدود السابق بيانها عند الـكلام عنها كمانع من موانع الزواج[١] .

القرابة الناشئة عن التبنى : والتبنى كما رأينا من قبل نظام قانونى يقوم فيه شخص باتخاذ آخر ولداً له ، فهو ينشىء علاقة بنوة وأبوة صورية أو صناعية . وقد رأينا أن هذا النظام معروف فى الشريعة المسيحية ، ولـكن الشريعة الإسلامية لا تعترف به ، ولهذا لا يترتب عليه فى الشريعة أية آثار .

وقد رأينا أن من الطوائف المسيحية ما ينظم التبنى ويرتب عليه آثارا معينة ، وأنه لـكى يقوم التبنى يلزم أن تتوافر شروط معينة ، شروط موضوعية وشروط شكلية . ولهذا إذا ما أريد معرفة ما إذا كان التبنى صحيحاً تترتب عليه آثاره لا بد من التحقق من توافر الشروط الخاصة والتى سبق لنا بيانها[٢] .

وإذا ما ثبت قيام التبنى وتوافرت الشروط المطلوبة فانه يرتب آثاراً مختلفة ، وقد رأينا ذلك من حيث اعتباره مانعا من موانع الزواج فى الشريعة

---

(١) انظر ما سبق فقرة ١٢٠ ص ٥٥٥ .

(٢) انظر فـيما سبق فقرة رقم ١٤٧ و ١٤٧ مكرر ومكرر (١) ص ٧٥٨ وما بعدها .

المسيحية[1] . كما رأينا الآثار التى تترتب عليه من الوجوه الأخرى من التسمى باسم المتبنى ومن حيث ثبوت حق التأديب والتربية للمتبنى وكذلك من موافقة هذا الأخير على زواج المتبنَّى إن كان قاصراً . كما أن التبنى يرتب للفقير من الطرفين حقا فى النفقة .

وقد رأينا كذلك أنه لا يترتب على التبنى كافة الآثار التى تترتب على البنوة الحقيقية ، وأن القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس لا تجيز التوارث ، إلا عن طريق الوصية[2] .

القرابة الناشئة عن الرضاع : رأينا أن بعض الكنائس تعرف هذا النوع من القرابة ، وهى الكنائس السورية والأرمنية والقبطية . ويثبت الرضاع بكل

---

(١) انظر فيما سبق ، فقرة ١٢١ ص ٥٥٩ وما بعدها .

(٢) انظر فيما سبق ص ٧٦١ — ٧٦٢ . وانظر كذلك المواد ١١٩ وما بعدها من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط . وهى تقابل المواد ١١٤ وما بعدها من مجموعة ١٩٥٥ . وانظر كذلك المادة ١٤٥ من مجموعة **السريان** . وانظر المواد ٩٧-٩٩ من مجموعة **الارمن** وقد أشير إلى ما جاء فى هذه المواد فى ص ٧٦٢ بالهامش فيما سبق . وانظر المادتين ٦٠ ، ٦١ من القواعد الخاصة **بالاقباط الكاثوليك** . وتنص م ٦٠ على أن تكون علاقة المتبنى (بالكسر) بالمتبنى (بالفتح) علاقة الأب بأولاده الصلبيين من حيث الواجبات والحقوق . ويكون للمتبنى (بالفتح) حق الإرث بهؤلاء . وتنص م ٦١ على أنه « إذا توفى المتبنى (بالفتح) عن عقب كان للمتبنى (بالكسر) وفروعه من بعده أن يستردوا من تركة المتبنى الأموال التى وصلت إليه من المتبنى أو من تركته . وإذا توفى عن عقب حال حياة المتبنى (بالكسر) ثم انقرض عقبه كان حق استرداد الأموال المذكورة للمتبنى (بالكسر) وحده دون فروعه » وانظر كذلك بالنسبة للكاثوليك القواعد التى جمعها فيليب جلاد، السابق ص ٣٧٥ المادة ٧٩ .

ما يدل على وقوعه، ويمكن الاستنارة فى هذا الصدد بأحكام الشريعة الاسلامية على اعتبار أن القواعد الطائفية متأثرة فى هذا الموضوع بأحكامها[1] . والأثر المترتب على الرضاع فى هذه الحالة هو اعتباره مانعا من موانع الزواج على الوجه السابق بيانه فى حينه .

---

(١) انظر فيما سبق رقم ١٢٢ ص ٥٦٣ .

الفصل الثانى

الآثار التى تترتب على القرابة

(نفقة الاقارب)

تمهيد

٢٠٧ ـ حصر هذه الآثار فى نطاق الأحوال الشخصية ـ نفقة الأقارب ـ اصل وجوبها : يترتب على القرابة آثار قانونية متعددة تتحدد بحسب القرابة ودرجتها[١] . فللقرابة خارج نطاق الأحوال الشخصية آثار قانونية هامة من حيث مدى ما يثبت للشخص من حقوق ومدى نشاطه القانونى . وهذه الآثار تخضع فى تنظيمها للنصوص القانونية التى تعرض لها[٢] .

وإذا كان كلامنا عن آثار القرابة يقتصر على نطاق الاحوال الشخصية ، فاننا لن نعرض هنا لجميع الآثار التى تترتب على القرابة فى هذا النطاق . فلن نعرض هنا للميراث . كما أننا لن نعرض لأثر القرابة من حيث اعتبارها مانعا من موانع الزواج ، فقد سبق لنا التعرض تفصيلا لهذا الموضوع لدى المسيحيين واليهود ، وبينا إلى أى مدى تعتبر القرابة مانعا من الزواج فى هاتين الشريعتين ، كما بينا ما ينظمه القانون المدنى من قواعد تسرى فى هذا الشأن على الجميع بالنسبة لقرابة النسب وقرابة المصاهرة ، وبينا أيضا ما تنفرد الشريعة المسيحية بتنظيمه

(١) انظر مؤلفنا فى نظرية الحق ، ص ١٥٢ ــ ١٥٣ .

(٢) انظر على سبيل المثال المادة ٢٢٢ والمادة ٥٠٢ و ٩٣٩/ا ب من القانون المدنى والمادة ٢٣١ و ٣١٣ من قانون المرافعات .

من أنواع القرابة دون الشريعة اليهودية وهى القرابة الروحية والقرابة الناشئة عن التبنى ، والقرابة الناشئة عن الرضاع .

ولعل أهم ما يبقى لنا بعد ذلك من آثار تترتب على القرابة هو الالتزام بالنفقة ، وسنعرض له بصفة أساسية باعتباره التزاما ينشأ على أساس قرابة النسب ، أما الأنواع الأخرى من القرابة فقد عرضنا لما يترتب عليها من آثار في حينها . والنفقة المقصودة هنا غير النفقة الزوجية التى تترتب على قيام الزواج صحيحاً فيما بين الزوجين . وقد سبق أن بينا أن الالتزام بالنفقة للأقارب يدخل فى نطاق مسائل الأحوال الشخصية[1]. ولهذا فاننا نعرض لهذا الالتزام من حيث أصل وجوبه ومع مراعاة أن امتناع القريب عن الانفاق على قريبه ، إذا وجب عليه ذلك يجيز الحبس ، كما هو الشأن بالنسبة لحبس الزوج لنفقة زوجته.

أصل وجوب الالتزام بالنفقة — وجوبها لدى المسيحيين واليهود : إذا كانت النفقة الزوجية تفرض أصلا على الزوج لزوجته نظير احتباسها من أجله أو استعدادها لذلك ، فان نفقة القرابة تقوم على أساس الصلة ، والصلة ــ كما يقول فقهاء الشريعة الاسلامية ــ لا تكون إلا للمحتاج ، ولهذا ينبغى أن يكون القريب محتاجا لكى يستحق النفقة ، إذ أن فيها معنى الصدقة والبر بذوى القربى

---

(١) انظر حكم النقض فى ٢٦ يونيو ١٩٥٦ محاماه س ٣٧ رقم ٢٩٧ ص ٥٥٤ . وانظر حكم الاسكندرية الجزئية فى ٣٠-٣-١٩٥٦ رقم ٥ لسنة ١٩٥٦ (غير منشور) حيث رأت المحكمة تطبيق أحكام لائحة الأقباط الأرثوذكس (مجموعة ١٩٣٨) . وقد جاء فى حكم النقض سالف الذكر أن «دعاوى نفقات ذوى الأرحام من طائفة الأقباط الأرثوذكس هى مما يدخل فى ولاية المجلس الملى العام للأقباط الأرثوذكس وفقاً لحكم المادة ١٦ من الأمر العالى الصادر بتاريخ ١٤ من مايو ١٨٨٣ المعدل بالقانون رقم ١٩ سنة ١٩٢٧». وهذا بطبيعة الحال فى الوقت الذى كانت فيه المجالس الملية قائمة .

ولقد حث الكتاب المقدس فى نصوص كثيرة ، على بر ذوى القربى . كما جاء ذلك أيضا فى رسائل الرسل وتعاليمهم .

فقد جاء فى سفر الخروج « أكرم أباك وأمك لكى تطول أيامك على الأرض التى يعطيك الرب إلهك ... »[١] . وجاء فى رسالة بولس الرسول إلى أهل أفسس : « أيها الأولاد أطيعوا والديكم فى الرب لأن هذا حق . أكرم أباك وأمك التى هي أول وصية بوعد.. »[٢] . وفى رسالته الاولى إلى تيموتاوس يقول : « إن كان لمؤمن أو مؤمنة أرامل فليساعدهن ... »[٣] . كما جاء فى إنجيل متى أن المسيح أوصى أحد الفريسيين جاء إليه ليجربه قائلا « يا معلم أية وصية هى العظمى فى الناموس . فقال له يسوع تحب الرب إلهك من كل قلبك ومن كل فكرك : هذه هى الوصية الأولى. والثانية مثلها **تحب قريبك كنفسك** »[٤] . وأورد ابن العسال مشيرا إلى الدسقولية « أكرم آباءك الجسدانيين لانهم سبب ولادتك » ويشير إلى أنه ورد فى قوانين منسوبة الملوك : وللہ على الابكار حفظ الامهات والأخوة بعد آبائهم .. »[٥] .

ومن هذا كله نتبين أن بر الوالدين والاقارب يُعد من المسائل التى ترجع

---

(١) الخروج : إصحاح ٥٠ عدد ١٢ . وانظر كذلك سفر التثنية : إصحاح ٥ عدد ١٦ ، وكذلك إنجيل متى : إصحاح ١٥ عدد ٤ ، وإنجيل مرقس : إصحاح ٧ عدد ١٠ .

(٢) إصحاح ٦ عدد ١ وما بعده .

(٣) إصحاح ٥ عدد ١٦ .

(٤) متى إصحاح ٢٢ عدد ٣٦—٣٩ .

(٥) ابن العسال ، السابق ص ١١٦ والهامش. وانظر كذلك الدستولية (تعاليم الرسل) الطبعة الثانية (١٩٤٠) ص ٧٦ .

إلى الكتاب المقدس سواء فى عهده القديم أم فى عهده الجديد ، كما ترجع إلى المصادر الدينية الأخرى . ولهذا يمكن القول بإعمال القواعد المتعلقة الالتزام بالنفقة بين الأصول والفروع . وبين الاقارب بصفة عامة لدى جميع غير المسلمين من مسيحيين ويهود ، سواء منها مانظم الاحكام المتعلقة بهذا الالتزام ، أو ما لم يتعرض له بالتنظيم . حقا إن القواعد الخاصة ببعض الطوائف المسيحية قد تعرضت للموضوع بتنظيم أو فى من غيرها، إلا أنه طالما أن المبدأ مستقر عليه من حيث إمكان قيام الالتزام بالنفقة بين الأصول والفروع والاقارب ، فإن من الممكن إعمال المبادىء التى سنعرض لها فيما يلى لدى الطوائف التى لم تنظم هذا الموضوع . ومن ناحية أخرى يمكن الاستنارة فى هذا الصدد بأحكام الشريعة الاسلامية خاصة أن الأمر لا يتصل بالعقيدة الدينية .

ولما كانت الشريعة اليهودية لم تعرض لهذا الموضوع بصورة مفصلة ، وإنما عرض الربانيون لبعض صور تكلموا فيها عن النفقة بين الأقارب فإننا نرى الاكتفاء فى صدد الكلام عن الشريعة اليهودية بالإشارة إلى تلك الأحكام التى عرض لها الربانيون ، وسنحيل فيما عدا ذلك إلى المبادىء العامة التى تحكم هذا الموضوع ، سواء فيما نعرض له من أحكام الشريعة المسيحية ، أم فيما تضمه الشريعة الاسلامية من أحكام فى هذا الصدد . وسنبدأ فيما يلى بالكلام عن أحكام نفقة الأقارب أولا فى فى الشريعة المسيحية ، ثم فى الشريعة اليهودية .

المبحث الأول

فى الشريعة المسيحية

٢٠٨ ـ تمهيد : رأينا أن نفقة الأقارب تستند فى أصل وجوبها إلى الكتاب المقدس وتعاليم الرسل ، وإلى المراجع الأولى فى الشريعة المسيحية . وقد نظمت بعض الطوائف هذه النفقة . ولهذا نعرض فيما يلى للأحكام المتعلقة بها ، فنتكلم أولا عن شروط وجوبها ، ثم نتكلم بعد ذلك عن الأشخاص الذين يقوم بينهم الالتزام بها ثم ، عن الأحكام المتعلقة بهذه النفقة من حيث أدائها ، وأساس تقديرها ، وانقضاء الالتزام بها وسقوطها . وسنراعى بقدر الإمكان تلافى تكرار ما هو مشترك بين الالتزام بالنفقة هنا والنفقة الزوجية من أحكام.

٢٠٨ مكرر ـ أولا شروطها : إذا كانت النفقة تجب بين الأصول والفروع والأقارب بصفة عامة فانه يشترط لإيجابها شروط معينة . سواء فى طالب النفقه أم بالنسبة لمن تفرض عليه .

أما بالنسبة لطالب النفقة فيلزم أن يكون فى حاجة إليها . وأن يثبت عجزه عن التكسب . فلابد أن يكون محتاجا إلى النفقة ، وذلك بأن يكون فقيراً لا مال له ، فاذا كان لديه ما يدرأ به عن نفسه غائلة الجوع والهلاك ، فإنه لا يستحق النفقة . ذلك أن نفقة الأقارب بصفة عامة تتقرر عند الحاجة إليها ، ولهذا إذا انتفت هذه الحاجة لا يقضى بها . إنما لا يلزم للقضاء بهذه النفقة أن يكون طالبها معدما لا مال له إطلاقا : فقد لا يكون لديه من المال ما يكفى لمواجهة نفقاته ، ولذلك يكون فى حاجة إلى النفقة لتكمل له ما يلزمه فى حياته. وتقدير حالة طالب النفقة من الأمور النسبية التى يرجع فيها إلى ظروف كل حالة

على حدتها . وإلى جانب حاجة الشخص يلزم أن يكون غير قادر على الكسب وأن يثبت ذلك ، وإن كان شرط القدرة على الكسب لا يلزم دائما . فهو لا يلزم فى حالة نفقة الأصول على الفروع ، كما سنرى . ويتحقق عدم القدرة إذا كان طالب النفقة المحتاج مريضا مرضا مزمنا لا يقوى معه على العمل ، بل إن هذا الشرط يتحقق بصفة عامة كلما وجد عائق يحول بين الشخص وبين التكسب ، سواء انبعث هذا العائق من الشخص نفسه لأسباب صحية مثلا ، أم انبعث من ظروف خارجية أخرى ، كما إذا كان قادرا على العمل والتكسب ، ولكنه لا يجد عملا ، أم أنه كان قادرا على العمل والتكسب ولكن حالت دون ذلك ظروف معينة ، كما إذا كان طالب علم مثلا ، كما سنرى فيما بعد .

هذا بالنسبة لطالب النفقة ، إذ يلزم أن يكون محتاجا وأن تثبت عدم قدرته على الكسب . أما بالنسبة لمن تفرض عليه النفقة فيجب أن يكون موسراً . ويقصد بذلك أنه يلزم أن يكون قادرا على الانفاق ليس فقط على نفسه ، بل وأيضا على من تفرض له النفقة ، مما يقتضى أن يكون لديه ما يفيض عن حاجته وحاجة من يلتزم بهم ممن هم أولى من غيرهم من الأقارب[1] .

وقد تعرضت المحاكم لشروط الالتزام بالنفقة بين الأقارب فطبقت الاحكام السابقة واستلزمت أن تتوافر الحاجة والعجز عن الكسب لدى طالبها ، إلى جانب يسار المنفق ، فضلا عن شرط آخر هو اتحاد الدين[2] .

---

(١) وفى هـذا المعنى تقضى المادة ١٤٧٨ من القانون المدنى اليونانى بأنه لا يلتزم بالنفقة من يكون فى حالة لا يستطيع معها — إذا أدخلنا فى الاعتبار ظروفه الأخرى — الوفاء بها دون أن يعرض نفقته الخاصة للخطر .

(٢) فقد جاء فى حكم لمحكمة دمنهور الكلية فى ٢٥-٦-١٩٥٧ (غير منشور) «حيث =

ويراعى بالنسبة لهذا الشرط الأخير ـ وهو شرط اتحاد الدين ـ أنه شرط لازم بصفة عامة لـكى تنطبق شريعة غير المسلمين . فاذا اختلف طالب النفقة عن المطلوب إليه أداءها ، سواء فى الدين أم فى المذهب أم فى الطائفة . لاتتوافر شروط تطبيق شريعته ، وتطبق الشريعة الإسلامية . ومع ذلك فان إعمال قواعد الشريعة الاسلامية لا يحرم طالب النفقة الذى تتوافر فيه شروط استحقاقها ـ وهى لا تخرج فى الشريعة الاسلامية عن الشروط سالفة الذكر ـ من الحكم له بها ، حتى مع اختلاف الدين ، فى جميع الحالات . إذ أنه إذا كان لايقضى بها للقريب على قريبه مع اختلاف الدين[1] ، فان الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للوالدين غير المسلمين ، إذ يستحقان النفقة مع اختلاف الدين لأن الله تعالى أوصى بالوالدين ، حتى غير المسلمين إذ قال « وإن جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما ، وصاحبهما فى الدنيا معروفا » .

=أنه من المقرر شرعاً أن النفقة هى كل مايلزم للقيام بأود الشخص من طعام وكسوة وسكن . ويشترط لوجوب نفقة القريب على قريبه أمور أربعة : **أولا** : احتياج القريب الذى يطالب بالنفقة ، فاذا ما كان لديه ما يستطيع أن يسد به عن نفسه غائلة الهلاك الذى هو سبب النفقة لم تجب على قريبة . وهذا الشرط أشارت إليه المواد ١٤٧ و ١٤٩ من التقنين العرفى للأقباط الأرثوذكس . **ثانيا** : أن يثبت عجز طالب النفقة عن الـكسب . **ثالثا** : يسار المنفق على قريبه **رابعا** : اتحاد الدين » . (وقد أورد هذا الحكم كذلك صالح حنفى ، المرجع جـ ٢ رقم ٧١٤ ص ٥٣٥) . وانظر حكما آخر لمحكمة المنصورة فى ٢٦-٣-٥٦ رقم ١٠١ س ٥٦ أورده صالح حنفى جزء ١ ص ٣٠٨) وقد جاء به « يشترط فى إيجاب النفقة على القريب أن يكون موسراً ، فلو كان معسراً فلا تجب عليه ، ولا يعتـبر الشخص موسراً إلا إذا ثبت أن عنده فاضل عن نفقة نفسه وعياله ، بحسب استعداده للـكسب . كما يشترط فى طالب النفقة أن يكون معسراً ذا حاجة إليها بأن كان مريضاً مرضاً مزمناً أو بشلل أوعمى ، أو كان من طلبة العلم ولا يمكنه التكسب . أما إذا لم تكن به عاهة تمنعه من الـكسب ، فلا يعتبر محتاجاً ، ومن ثم فلا يكون محقاً فى طلب النفقة » .

(١) ذلك لأن مبنى وجوب النفقة بين الأقارب هو التوارث ، ولا توارث مع اختلاف الدين « الدكتور محمد يوسف موسى ، السابق ص ٤٦٢ » .

هذه هي شروط وجوب النفقة بين الأقارب ، وهي من العمومية ، بحيث يمكن إعمالها لدى جميع الطوائف المسيحية ، بل ولدى غير المسلمين بصفة عامة[١] .

٢٠٩ — ثانيا . على من تجب النفقة — تقسيم :

تجب النفقة بين طائفتين من الأقارب : فهي تجب بين الأصول والفروع ، كما تجب بين غير هؤلاء من الأقارب في حدود معينة ، بحيث إذا لم يوجد أحد منهم فلا تفرض على غيرهم ممن يعتبرون من الأقارب ولم ينص عليهم . وبعبارة أخرى إن الأقارب الذين تجب عليهم النفقة محددون على سبيل الحصر ، فلا يمكن القياس عليهم[٢] . ونفرق بين هاتين الحالتين ، فنعرض لوجوب النفقة بين الأصول والفروع ، ثم نعرض لوجوبها بين الأقارب الآخرين .

٢١٠ — ١ - الالتزام بالنفقة بين الأصول والفروع : يقوم بين الآباء والأبناء التزام متبادل بالاتفاق . ويقع هذا الالتزام دون تحديد على الآباء ، وهم أصول الشخص وإن علوا ، وعلى الأبناء ، وهم فروع الشخص مهما نزلوا ، أيا كانوا ذكورا أو إناثا ، وذلك كله متى توافر سببها .

---

(١) وتنص المادة ١٢٠ **سريان** على أن « أبناء الجنس الذين تحق لهم النفقة هم الأولاد وأولادهم ، والآباء ووالدوهم البائسون الذين لا يمكنهم العمل ، سواء كان بسبب الصبوة أو الشيخوخة أو بداعي مرض قد اعتراهم » . والبعض لا يلزمون الأب بالعمل ، وإن كان قادراً لأن إكرامه واجب ، فقد قال الله « أكرم أباك وأمك » (تك ٢٠-١٢) ، كما أنهم لا يلزمون الشريف بالعمل بمهنة شاقة » وبالنسبة لاختلاف الدين انظر المادة ١٣٣ **سريان** وهي تنص على أن « الابن المؤمن يلتزم بالنفقة على أبيه وأجداده الغير مؤمنين أما الأب والأم والأجداد المؤمنون فلا يلتزمون بالنفقة على الغير المؤمن » .

(٢) وهذا هو الحكم لدى الأقباط الأرثوذكس — كما جاء في حكم لمحكمة الاسكندرية الجزئية في ١٦-٦-١٩٥٨ رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٨ (غير منشور) .

ولا شك فى قيام هذا الالتزام بين الآباء والأبناء الشرعيين الذين يولدون من زواج صحيح [1]. كما يسرى هذا الحكم كذلك بالنسبة للأبناء الذين صحح نسبهم واعتبروا شرعيين بالزواج اللاحق على ولادتهم ، إذ يكون لهم من الحقوق وعليهم من الواجبات كما لو كانوا مولودين من هذا الزواج؛ فهم يصيرون شرعيين من كل النواحى [2]. كما تترتب هذه الآثار كذلك فى حالة الإقرار بالنسب والادعاء به، إذ يلتزم المقر بالبنوة بالنفقة والتربية كما أن المقر له بالأبوة أو بالأمومة يكون له ما للأبناء من النفقة والحضانة والتربية وعليه ما على الأبناء للأبوين [3]. ولكن إذا كان الإقرار بالنسب يجعل الأولاد فى مركز الأولاد الحقيقيين من حيث الحقوق والالتزامات ، فانه ينبغى أن يراعى أن للاقرار أثراً نسبيا ، ويجوز لكل ذى شأن أن ينازع فى الاقرار بالنسب وفى الادعاء به [4].

---

(١) ويلحق الأولاد الذين يولدون من زواج ظنى بالأولاد الشرعيين من حيث حقوقهم قبل الوالدين (انظر المادة ٤٢ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس . والمادة ١٠٣ من الارادة الرسولية وهى تعطى للأولاد الذين يحمل بهم أو يولدون من زواج ظنى حكم الأولاد الشرعيين المولودين من زواج صحيح . والمادة ٤٤ للأقباط الكاثوليك التى تجعل الأولاد الذين يولدون من زواج تم أمام الكنيسة وحكم بعد ذلك ببطلانه لوجود مانع مبطل، شرعيين ، بشرط أن يكون المانع مجهولا من أحد الزوجين أو كليهما وقت الزواج

أما من حيث حقوق الوالدين قبل الأبناء المولودين من زواج ظنى فان الأمر يختلف بحسب حسن أو سوء نية كل منها . انظر ما سبق لنا بيانه عند كلامنا عن آثار الزواج الظنى ص ٦٦٧-٦٦٩ من هذا الكتاب .

(٢) انظر ما سبق ص ٧٤٩-٧٥٢ ، وانظر المادتين ٤٥ و ٤٦ من قواعد الأقباط الكاثوليك .

(٣) انظر فيما سبق ص ٧٥٣-٧٥٦ والمادتين ١٠٠ و ١٠١ من مجموعة ١٩٣٨ أقباط أرثوذكس ويقابلها ٩٥ و ٩٦ من مجموعة ١٩٥٥ .

(٤) أنظر ما سبق ص ٧٥٥ - والمواد ١٠٢ و١٠٣ و١٠٥ من مجموعة ١٩٣٨ أقباط ويقابلها ٩٧ و٩٨ و١٠٠ من مجموعة ١٩٥٥ .

وأخيرا يترتب على إثبات النسب عن طريق القضاء ما يترتب من آثار على النحو السابق [(١)].

وإلى جانب ذلك يقوم الالتزام بالنفقة فى حالة التبنى ، على نحو ما بينا من قبل بين المتبنَّى والمتبنى إذا كان أحدهما فقيراً [(٢)].

هذا عن تحديد الأشخاص الذين يقوم بينهم الالتزام بالنفقة ، سواء فى حالة الأبناء الشرعيين أو من يلحق بهم [(٣)]. ونعرض بعد ذلك لوجوب النفقة على الأصول ، ثم على الفروع .

(ا) **وجوب النفقة على الاصول** : نصت القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس على أنه « تجب النفقة بأنواعها الثلاثة على الأب لولده الصغير الذى ليس له مال ، سواء أكان ذكرا أم أنثى إلى أن يبلغ الذكر حد الكسب ويقدر عليه ،

---

(١) أنظر ما سبق ص ٧٥٦ .

(٢) أنظر فيما سبق ص ٧٦١ وكذلك ص ١١٠٣ وهامش ٢ .

(٣) ويقضى القانون المدنى اليونانى فى هذا الصدد بأنه يلحق بالقرابة الشرعية الناشئة عن الدم ، قرابات أخرى . فيلحق بهم الأولاد الذين يولدون من الزواج الذى تقرر إبطاله (انظر المادة ١٣٨٢ يونانى) ، كما أن الولد الطبيعى يتمتع فى علاقته بأمه وأقاربها بنفس الحقوق الشرعية التى للولد الشرعى (م ١٥٣٠ يونانى) . ويترتب على الاعتراف الاختيارى أن يتسمى الولد باسم الوالد ، وتكون له حقوق الولد الشرعى ، ما لم يقض القانون بغير ذلك (م ٥٣٧ يونانى) . ويكون الولد الذى يثبت نسبه بزواج لاحق فى مركز الولد الشرعى من كل الوجوه فى علاقته بأمه وأبيه (١٥٥٩ يونانى) . وإذا ما حكم قضائياً بشرعية الولد أصبح من كل الوجوه فى مركز الولد الشرعى نحو أبيه . وإذا ثبت النسب الشرعى بعد وفاة الأب تترتب عليه سائر الآثار التى كان ينتجها لو أنه ثبت أثناء حياته (١٥٦٧ يونانى) وأخيراً فان المادة ١٥٧٩ تقضى بأن الولد المتبنَّى يكون فى مركز الولد الشرعى للمتبنِّى (انظر المادة ١٥٧٩ والتعليق عليها ، رويلوس ، السابق ص ٢٤٥) .

ومن هذا يتبين بصفة عامة أن الحلول الواردة فى القانون اليونانى لا تخرج عن الحلول التى تكلمنا عنها .

وتتزوج الأنثى »، كما نصت كذلك على أنه « يجب على الأب نفقة ولده الكبير الفقير الذى لا يستطيع الكسب . ونفقة الأنثى الكبيرة الفقيرة ، مالم تتزوج »[1] .

ومن هذا نتبين أنه تجب على الاب نفقة أبنائه ، متى توافرت شروط معينة ، سواء بالنسبة للإناث أم الذكور . أما بالنسبة للأنثى فان نفقتها واجبة على الأب سواء كانت صغيرة أم كبيرة ، طالما كانت فقيرة لا مال لها ، إلى أن تتزوج[2] . ويفهم من هذا أنه إذا كان لها مال ، فلا تجب لها النفقة على الأب وإنما تنفق من مالها . ولهذا إذا كانت الأنثى تتكسب فعلا من عمل تقوم به كمدرسة أو طبيبة أو تحترف حرفة معينة ، فانها لا تكون فقيرة ، وبالتالى لا تجب لها النفقة على الأب . هذا مالم يكن ما تكسبه لا يفى بنفقاتها، وحينئذ يمكن القول بالتزام الأب بتكملة نفقتها . ولكن ينبغى أن يراعى فى هذا الصدد أن الانثى إذا كانت تتكسب من عمل فعلا سقط التزام الأب نحوها . لكن إذا كانت لا تتكسب من عمل وكانت فقيرة ، فانها تستحق النفقة ، حتى ولو كانت قادرة على العمل ، وذلك خلافا للولد ، كما سنرى . فليس المعيار فى قدرتها على التكسب ، وإنما المعيار هو فى تكسبها فعلا .

---

(١) المادتان ١٥٢ و ١٥٣ من مجموعة ١٩٣٨ ويقابلها ١٤٧ و ١٤٨ لسنة ١٩٥٥ والمادة ١٢٠ **سريان** والمادة ٣٠ **أرمن** والمادة ٢٨ انجيليين وانظر كذلك المادة ١٣٣ و ١٣٧ من القواعد التى جمعها فيليب جلاد بالنسبة للكاثوليك .

(٢) وطالما كان الأب ملزماً بالانفاق عليها إلى أن تتزوج فانها إذا ما تزوجت صارت نفقتها أصلا على الزوج . فلو طلقت وسقطت نفقتها من الزوج ، عاد التزام الأب بالنفقة عليها إلى أن تتزوج من جديد . وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية كذلك (انظر عمر عبد الله ، السابق ص ٤٤٩) . وتنص المادة ٣١ **أرمن** على أن النفقة تجب للبنت إلى أن تتزوج وعند انحلال زواجها . انظر المادة ١٣٤ **سريان** وهى تنص على أن الابنة التى كبرت ولم تتزوج فان ثلثى نفقتها يؤديها الأب والثلث الآخر تؤديه الأم ، وإذا كان أحدهما معسراً فالنفقة على الموسر .

وإذا كان الأب يلتزم بالاتفاق على ابنته الفقيرة على النحو السابق ، فهل يلزم بتجهيزها ؟ جاء فى المادة ١٣٣ من القواعد الخاصة بالكاثوليك لفيليب جلاد أنه يتعين على الوالدين أن « يقدما جهازا كافيا لابنتهما لما تختاره من الزواج أو الترهب ». هذا بالنسبة لوجوب النفقة على الأب لابنته .

أما بالنسبة للذكور ، فان النفقة تجب للصغير الذى ليس له مال إلى أن يبلغ حد الكسب ويصبح قادرا عليه . كما تجب للكبير الفقير الذى لا يستطيع الكسب لأى سبب من الأسباب ، ومن باب أولى إذا كان يتكسب ولكن دخله لا يفى بنفقاته ، فان الأب يلتزم بتكملة نفقة الكفاية . ولا نعتقد أنه يمكن وضع قاعدة عامة لبلوغ سن الكسب والقدرة عليه . لأن ذلك من الأمور النسبية التى تقدر بصدد كل حالة عد حدتها . ولهذا فان الشخص قد يبلغ سنا معينة يقدر معها على الكسب ، ولكن تحول دون ذلك ظروف معينة . كماهو الشأن بالنسبة لطالب العلم الذى لا تتاح له فرص التكسب ، أو الذى قد تتاح له الفرص ، لكنه لا يستطيع ذلك ، وفى هذه الحالة تجب له النفقة بما فى ذلك نفقات التعليم . ويبدو أن أحكام المحاكم التى تعرضت لفرض نفقة لطالب العلم تستلزم بصفة عامة أن يكون طالبا رشيدا ، مستقيما فى عمله[1] .

---

(١) انظر أمثلة لهذه الاحكام أوردها محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ص ٤٦٩ . وما بعدها .

هذا وتنص المادة ٣١ أرمن على أن التزام الزوجين بالانفاق على أولادهما « يظل باقيا إلى أن يستطيع القاصر القيام بأوده ، وتجب النفقة على الوالدين لولدهما البالغ إذا كان عاجزاً عن كسب معيشته لمرض مزمن أو عاهة ، أو لسبب انشغاله بتلقى العلم » .

ويراعى أنهم (الأرمن) ينصون كذلك على أنه « ليس للولد أن يرفع دعوى على والديه بطلب رأس مال خاص للزواج أو لغير ذلك » (م ٣٢) .

وانظر كذلك المادة ١٢٠ سريان وكذلك المادة ١٣٤ وهى تقضى بأن الولد الأعمى والمخلع . . . . يلزم الاب بثلثى نفقته والأم بالثلث، وإذا كان أحدهما معسراً فالنفقة على الموسر.

هذا بالنسبة لوجوب النفقة على الأب . فاذا لم يكن الأب موجودا ، أو كان موجودا لكنه فقير معسر ، فان النفقة تجب على الأم إذا كانت موسرة [١] و [٢].

فاذا لم يكن الأبوان موجودين ، أو كانا موجودين ولكنهما معسرين ، تجب النفقة على الجد ثم الجدة لأب . الموسرين ، وإلا تجب على الجد والجدة لأم الموسرين كذلك .

فاذا لم يوجد للشخص أصول ، أو وجدوا ولكنهم كانوا معسرين ، تجب النفقة على الأقارب عل نحو ما سيجيء [٣].

---

(١) وعلى هذا يكفي طبقاً لما جاءت به قواعد الاقباط أن يكون الأب معدوماً أو موجوداً لكنه معسر . ومعنى ذلك أنه إذا كان فقيراً لا يلزم بالنفقة ، سواء كان قادراً على العمل أم غير قادر . أى أنه لا يلزم بالعمل لكي ينفق على أولاده المستحقين للنفقة على النحو السابق ، وتبعاً لذلك تنتقل النفقة إلى الأم الموسرة ، حتى ولو كان قادراً على العمل .

وإذا كان هذا هو ما يفهم من النصوص التى أوردتها المجموعات الحديثة للاقباط الارثوذكس ، فانه يتفق مع ما ذهب إليه البعض من فقهاء **الشريعة الاسلامية** حيث يكتفون باعسار الأب حتى يلحق بالميت وينتقل الالتزام بالنفقة إلى من يليه ، ومع ذلك فان ما جرى عليه أصحاب المتون وجمهرة الفقهاء الاحناف يقضي بغير ذلك . إذ يرون أن الالتزام بالنفقة لا ينتقل إلى من يلى الاب إلا إذا كان الاب معسراً وعاجزاً عن العمل . فاذا كان قادراً على العمل وكان العمل ميسراً له ، كان عليه أن يعمل ويتكسب وينفق على ولده المحتاج النفقة (انظر فى هذا : محمد يوسف موسى ، السابق ص ٤٦٦-٤٦٧) .

(٢) المادة ١٥٤ من مجموعة ١٩٣٨ والمادة ١٤٩ مجموعة ١٩٥٥ للاقباط الارثوذكس . وهذا هو حكم الشريعة الاسلامية (عمر عبد الله ، السابق ص ٤٤٩) .

(٣) المادة ١٥٤ مجموعة ١٩٣٨ والمادة ١٤٩ مجموعة ١٩٥٥ للاقباط الارثوذكس . وهذا هو ما تقضى به القواعد الخاصة **بالكاثوليك** لفيليب جلاد فى المادتين ١٣٧و١٣٨ . وتنص أولاهما على أنه « يلتزم ذوو القرابة من الاصول والفروع بما هو مرتب من الواجبات على الوالدين لاولادها ، وعلى الاولاد لوالديها ، لما بينهم من الارتباط ببعضهم بعضاً بسبب الولادة وبوثاق الحنو الشديد » . وتقضى المادة ١٣٨ بأنه « عند عدم الاب يتعين على =

(ب) وجوب النفقة على الفروع : تنص القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس على أنه « يجب على الولد الموسر - كبيرا كان أو صغيرا، ذكرا كان أو أنثى - نفقة والدته وأجداده وجداته الفقراء، ولو كانوا قادرين على الكسب »[1].

فنفقة الأصول الفقراء، أيا كانوا ذكورا أو إناثا، تجب على الولد، ولا يهم ما إذا كان هـذا الولد كبيراً أو صغيراً، ذكرا أو أنثى، متى توافر شرط يسارة.

ويراعى أن نفقة الأصول الفقراء تجب على هـذا النحو إذ توافر شرط الفقـر بالنسبة لهم فقط، وفى هذه الحالة يقضى لهم بالنفقة على الفرع الموسر، حتى ولو كانوا قادرين على الكسب. فالأصل لا يكلف بالكسب. ولا تسقط

= الاصل القيام بمصلحة الفرع» أعنى ولد الولد ثم ولد ولد الولد الخ. كما أنه يتعين على ولد الولد أو ولد ولد الوالد القيام بمصلحة الجد عند عدم الابن ».

وتنص المادة ٣٣ من مجموعة **الأرمن** على ان « الالتزام المنصوص عليه ٣٠ (وهو التزام الزوجين بنفقة أولادهما) يقع بصفة أساسية على الاب. فاذا استحال عليه القيام بذلك انتقل الالتزام إلى أصل من أصول الوالد قادر على القيام بهذه النفقات إلى الام والأجداد، أو إلى عدة أصول بنسبة أنصبتهم بالميراث. فاذا لم يوجد أصل قادر على هذه النفقة وقع الالتزام على الاخ والاخت ثم على الاعمام والاخوال والعمات والخالات ».

كما تنص المادة ١٢١ **سريان** على أنه « إذا تباخل الاب أذن للام أن تسد حاجة الاولاد من مالها بدون أمره ولكن إن استقرضت فليكن الايفاء بأمر الاسقف. فاذا كثر الاولاد فلتسد أولا حاجة الاقرب بينهم، وإن كان فى الميراث مؤخرا » أى أن تسد عازة البنت قبل ابنه ابن الابن (م ١٢٣). وتقضى المادة ٢٨ **انجيليين** بأنه « يجب على الاصـول وأزواجهم أن ينفقوا على فروعهم وأزواجهم ».

(١) مادة ١٥٦ مجموعة ١٩٣٨ و١٥١ مجموعة ١٩٥٥ أقباط. وهـذا هو ماتقضى به المادة ٣٤ **أرمن** إذ تنص على أنه « تجب على الاولاد نفقة أبيهم وأمهم وغيرهما من الاصول المعسرين حتى ولو كانوا قادرين على الكسب ». وتنص المادة ١٢٠ **سريان** على أن أبناء الجنس الذين تحق لهم النفقة هم الاولاد وأولادهم ووالدوهم البائسون الذين لا يمكنهم العمل ...» كما =

نفقته لمجرد كونه قادرا على الكسب [١]. وهذا بخلاف الفرع كما بينا من قبل حيث تسقط نفقته متى كان قادرا على الكسب. ذلك أن « حكمة وجوب نفقة الوالد على ابنه — كما جاء فى حكم محكمة القاهرة الابتدائية — مردها إلى أن الولد وماله ملك له ، ومناطها ثبوت إعساره وفقره. إذ لا ينبغى أن يطالب الولد والده بالعمل [٢] ». وهذا من قبيل البر بالوالدين وبأصول الشخص بصفة عامة ، وهو ما تحث عليه الشرائع السماوية عامة .

وإذا ما تعدد الفروع الملتزمون بالنفقة لأصولهم ، كانت النفقة عليهم بالتساوى ، سواء كان الفرع ذكرا أم أنثى ، متى كانوا فى درجة واحدة . فان اختلفوا فى الدرجات كانت النفقة على الأقرب فالأقرب ، بشرط أن تتوافر فى الأكثر قرابة شروط الالتزام بها . وإذا ما اجتمع أصول وفروع ، ممن يلتزمون بالنفقة ، التزم بها الأقرب فالأقرب من حيث الدرجة ، فاذا تساووا

= تنص المادة ٢٧ من القواعد الخاصة **بالانجيليين** على أنه « يجب على الفروع وأزواجهم أن ينفقوا على الأصول وأزواجهم » . كما تنص المادة ٢٩ على أن « للأب والأم النفقة على أموال أولادهما ، إذا كانا فى عوز بحسب ما تقدره السلطة المختصة ، مع مراعاة ظروف الاولاد ووالديهم ودرجة الميسرة » .

وانظر كذلك ما أوردته المادة ١٢٧ من القواعد الخاصة **بالكاثوليك** لفيليب جلاد واشارتها إلى ما أورده الكتاب المقدس فى هذا الشأن . وكذلك المادتين ١٣٧ و ١٣٨ السابق الإشارة إليها بالنسبة للكاثوليك ص ١١١٧ هامش ٣ .

(١) وهذا ما تقضى به الشريعة الاسلامية (انظر عمر عبد الله ، السابق ص ٤٥١ محمد يوسف موسى ، السابق فقرة ٦١٤ ص ٤٧٤) .

(٢) القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٨/٣/٣١ رقم ١٠٨٦ س ١٩٥٨ أورده صالح حنفى المرجع ج ٢ رقم ٧١٠ ص ٥٣٤ .

فى الدرجات كأب وابن ، تكون النفقة عليهم بنسبة يسار كل منهم [١].

٢١١ - ٢ - الالتزام بالنفقة بين الأقارب الآخرين : إذا لم يكن لمستحق النفقة أصول ولا فروع قادرون على الاتفاق على النحو السابق ، تجب نفقته على الأقارب الآخرين . وتورد القواعد الخاصة بالأقباط الأرثوذكس تعداداً لهؤلاء الأقارب وترتب بينهم ،فتجعل النفقة واجبة على « الأخوة والأخوات لأبوين ثم الاخوة والأخوة لأب. ثم الأعمام والعمات،ثم الأخوال والخالات، ثم أبناء الأعمام ، ثم أبناء الأخوال والخالات [٢] .

ويتبين لنا من هذا أن الأقارب من غير الأصول والفروع ، والذين يلتزمون بالنفقة قد جاءوا على سبيل الحصر . لا أنهم يلتزمون بحسب الترتيب المنصوص عليه . ويترتب على ذلك أنه لا يلتزم غيرهم بالنفقة ، حتى لو كانوا من الأقارب ، طالما لم يرد بشأنهم نص يقضى باستحقاقهم النفقة [٣] .

---

(١) هذا وتنص مجموعة **السريان** على أن الابن المؤمن يلتزم بالنفقة على أبيه وأمه وأجداده الغير مؤمنين (م ١٣٣) . كما تنص على تفضيل الأب إذ يأخذ قبل الام . كما أنه عند التزاحم بين الأب والابن ، أو بين الام والابن أو بين الجد والابن فان الأمر محل خلاف ، فالبعض يقدمون الابن لأنه خادم وله حق الخدمة ، والبعض يساوون بينهما (انظر م ١٢٤). هذا وقد تعرضت مجموعة السريان كذلك لحالة ما إذا غاب الابن واحتاج والده وأجداده ، إذ فى هذه الحالة يكون لهم أن يبيعوا من ماله (ماعدا الأموال غير المنقولة) ويسدوا رمقهم ، وليس عليهم فى ذلك غرامة ، ولهم أيضا أن يستدينوا باذن (المحكمة الكنسية) ومتى جاء الابن يفى . أما الغريب الذى عنده وديعة للابن فبأمر المحكمة يعطيها لوالديه (م ١٣٥) .

(٢) المادة ١٥٧ مجموعة ٣٨ و ١٥٢ مجموعة ١٩٥٥ . وانظر كذلك المادة ٣٢ **ارمن** وهى تنص على أنه إذا لم يوجد أصل قادر على هذه النفقة (النفقة على الأولاد) وقع الالتزام على الأخ والأخت ثم على الاعمام والاخوال والعمات والخالات .

(٣) ولهذا رفضت المحاكم إلزام شقيق الزوج بالنفقة لزوجة أخيه ، حتى ولو كان هذا الأخ معسراً لم يتسن لزوجته الحصول على نفقتها منه (نفقتها الزوجية) . ولم تأخذ المحكمة بما =

فاذا وجد أحد من الأقارب السالف ذكرهم، وكان غير قادر على الإيفاء بالنفقة بتمامها يلزم من يليه فى الترتيب بالنفقة أو بتكملتها ، حسب الأحوال . فاذا وجد من الأقارب السابقين أكثر من واحد واتحدوا فى الدرجة — كأخوين شقيقين أو أخوين لأب مثلا — تكون النفقة عليهم بنسبة يسار كل منهم [1].

هذا هو الحكم بالنسبة للأقباط الأرثوذكس. أما بالنسبة للطوائف الأخرى التى تعرضت لنفقة الأقارب بصفة عامة ، فان الحكم يختلف : وتكتفى القواعد التى وردت بشأن الكاثوليك بالنص على أن « الاخوة والأخوات ملزمون بمساعدة بعضهم بعضاً بما هو ضرورى لقيام حياتهم ، ليس فى حال الضرورة القصوى فقط ، بل وفى حال الضرورة القوية أيضاً » [2].

= أثارته الزوجة من أن القانون المدنى يقضى بأن أقارب الزوج أقارب زوجته فى نفس الدرجة ، لأن هذه المسألة مسألة اعتبارية فقط ، ولم يشر المشرع إلى ذلك فى أحكام النفقات التى فصلت طوائف من يلتزمون بالنفقة (جزئى الاسكندرية فى ١٩٥٧/٤/٢٨ رقم ١٧ سنة ١٩٥٧ وانظر أيضاً المحكمة نفسها فى ١٩٥٨/٦/١٦ رقم ٥٦ س ١٩٥٨ — والحكمان بين أقباط أرثوذكس وغير منشورين) والواقع أن عدم إلزام شقيق الزوج فى هذه الحالة بالنفقة يرجع إلى أنه لم يرد بين من يلتزمون بنفقة الاقارب ، اللهم إلا إذا قضى بالنفقة لشقيقه (الزوج) مباشرة متى توافرت شروطها وكان شقيقه (الزوج) غير قادر على الكسب وفقيرا . وفى هذه الحالة قد تستفيد زوجته من ذلك . وانظر كذلك حكما من المحكمة نفسها (فى ١٩٥٦/٤/٢٣ رقم ٤٩ س٥٦ — غير منشور) حيث رفضت المحكمة دعوى زوجة الأخ بالنسبة لنفقتها نظرا لتحديد الأقارب الذين يلتزمون بالنفقة ، فى الوقت الذى قضت لأولادهما بالنفقة على شقيق زوجها ، لأنه عم أولادها ، وقد توفى والدهم.

(١) انظر المادة ١٥٨ مجموعة ٣٨ والمادة ١٥٣ مجموعة ١٩٥٥ أقباط أرثوذكس .

(٢) المادة ١٣٩ من القواعد التى جمعها فيليب جلاد للكاثوليك .

٢١٢ : ثالثا – الاحكام المتعلقه بنفقة الاقارب من حيث أدائها وتقديرها ، وانقضائها وسقوطها – كيف تؤدى النفقة : الأصل أن تؤدى النفقة نقداً ، فيقوم الملتزم بدفعها على فترات دورية حيث يقضى عادة بأدائها كل شهر ، ويدخل فى التقدير النفقة بأنواعها . وتنص المادة ٣٠ من القواعد الخاصة بالانجيليين على « دفعها شهراً فشهراً على الأقل ، وثلاثة أشهر على الأكثر حسب ميسرة المفروض عليه ودواعى المفروض له » .

وإذا كان الأصل هو دفعها نقداً ، فان هذا يقتضى مقدرة الملتزم بها على أدائها نقداً . لكن إذا أثبت الملتزم أنه لا يستطيع دفعها نقداً ، فان للمحكمة أن تأمره بأن يسكن فى منزله من تجب نفقته عليه ، وأن يقدم له ما يحتاجه من طعام وكسوة [1] ، على نحو ما بينا عند كلامنا على النفقة الزوجية .

أساس تقدير النفقة : تقدر النفقة بصفة عامة بقدر حاجة من يطلبها ويسار من يجب عليه أداؤها . وهذا الأساس هو الواجب الاتباع بالنسبة لتقدير نفقة الأقارب لدى جميع الطوائف [2] .

وإذا كانت النفقة تفرض على أساس الحاجة اليها ويسار من تفرض عليه ،

---

(١) المادة ١٤٤ مجموعة ٣٨ والمادة ١٣٩ مجموعة ١٩٥٥ للاقباط الارثوذكس .
هذا وتقضى المادة ١٤٨٧ من القانون المدنى اليونانى بأنه يجب الوفاء بالنفقة نقدا ، وعلى دفعات شهرية تدفع مقدماً . ويجوز الاذن للملتزم بأن يدفع النفقة بطريقة أخرى ، إذا وجدت أسباب خاصة . (انظر التعليق على القانون اليونانى رويلوس ، السابق ص١٩٧ . وانظر كذلك المادة ١٤٨٨ من القانون نفسه) .

(٢) انظر المادة ١٤٢ مجموعة ٣٨ و ١٣٧ مجموعة ١٩٥٥ اقباط ارثوذكس ، والمادة ١٠٠ أرمن أرثوذكس ، والمادة ٣٠ انجيليين .

فانه ينبغى أن يدخل فى الاعتبار ، إلى جانب تقديرها للطعام والكسوة والسكنى ما قد يحتاجه من تفرض له من وسائل العلاج العادية . بل إنه يمكن أن يقضى بنفقة العلاج فى الظروف غير العادية كالعمليات الجراحية مثلا والتى تستلزم نفقات غير عادية ، وفى هذه الحالة تجوز المطالبة بمبلغ إضافى لمواجهة مثل هذه الظروف [1].

وتقضى القواعد الخاصة بالروم الأرثوذكس بأن النفقة تفرض بما يتفق والمركز المالى والحالة الاجتماعية للأشخاص ، لكى تنفق فى السكنى والكساء والغذاء والتعليم والتربية [2].

والمهم فى كل هذا هو أن تقرير النفقة يجب أن يكون بحيث يواجه نفقات الشخص فقط ، وفى هذه الحدود . إذ ليس الغرض منها جعل من تفرض له موسرا . فهى تفرض بقدر الكفاية ، وذلك لأنها لا تجب إلا للحاجة ، ولذلك تكون بقدرها ، لا أكثر منها . وهذا هو الشأن بالنسبة لنفقة الأقارب عامة ، بما فيهم الأصول والفروع . « ولما كان المناط فى نفقة الأقارب هو قدر الكفاية — كما جاء فى حكم لمحكمة الجيزة الابتدائية [3]. — بحسب حاجة

---

(١) انظر نقض فرنسى فى ٢٨-٦-١٩٣٨ (D.H. 1938.241)

(٢) المادة ٤٤٢ من لائحة ترتيب محاكم الكرسى البطريركى بالاسكندرية . وانظر فى هذا أيضاً المادة ١٤٨٤ القانون المدنى اليونانى والتعليق عليهـا (روبلوس ، السابق ص ١٩٥) وانظر أيضاً المادة ١٠٠ أرمن أرثوذكس .

(٣) فى ١٠-١٢-١٩٥٧ رقم ١٦٤ لسنة ١٩٥٧ ، استئناف ، لغير المسلمين غير منشور .

المطلوب له النفقة مع يسر المفروض عليه، وذلك بقدر ماتدفع به الحاجة ، فان كان المطلوب له النفقة مريضاً، فعلى المفروض عليه علاجه. وإن كان طالب علم رشيد فعليه إتمام تعليمه ، لأن ذلك من تمام الكفاية . . . »

والحكم بالنفقة ، كما قدمنا عند كلامنا عن النفقة الزوجية — مؤقت ، لايحوز الحجية إلا إذا ظلت الظروف التى صدر فيها ثابتة لاتتغير . فاذا تغيرت بأن زاد يسار الملتزم بالنفقة أو زادت حاجة من فرضت له ، أو العكس . أمكن النظر فى تعديله بما يتلاءم مع الظروف الجديدة . بل إن للمحكمة هنا أن تعيد النظر فى الحكم الصادر بالنفقة من أساسه ، فتوقف الالتزام بها إذا لزم ذلك ، كما إذا أيسر من فرضت له ، ولم يعد فى حاجة اليها ، أو أصبح قادراً على العمل بعد أن كان عاجزاً عنه [1].

انقضاء الالتزام بالنفقة وسقوطها : إذا ما صدر حكم النفقة فانه لا يقضى بها إلا من تاريخ الحكم ، باعتبار أن الحكم فى هذه الحالة منشىء للنفقة وليس مقرراً . وعدم القضاء بها من وقت سابق على الحكم بها يقوم على اعتبار أنها إنما تفرض لحاجة طالبها ، وقد اندفعت الحاجة بالفعل فى المدة السابقة بمضيها — كما يقول فقهاء الشريعة الاسلامية .

---

(١) انظر المادة ١٤٣ مجموعة ١٩٣٨ و ١٣٨ لسنة ١٩٥٥ **اقباط** أرثوذكس . والمادة ١٠١ **أرمن** . وانظر المادة ١٤٨٥ من القانون المدنى اليونانى . ويتعرض هذا القانون لحالة النفقة المخفضة aliments reduis فيقضى بأن « يقصر حق الفروع والأصول والزوج ، على النفقة الاساسية ، (élementaires) التى لا تشمل إلا المصاريف اللازمة لضرورات الحياة ، إذا ارتكبوا ضد الملتزم بالنفقة جحودا يبرر حرمانهم من الميراث . (انظر تعليق دويلوس ، السابق ص ١٩٧) .

ولا شك فى أن الالتزام بالنفقة بين الأقارب بصفة عامة ينتهى بموت من تقررت لصالحه، كما ينقضى كذلك بموت من فرضت عليه، فهو لا ينتقل إلى ورثة هذا الأخير، مالم يكونوا ملتزمين هم أنفسهم ويقضى بالزامهم بها. وينتهى هذا الالتزام أيضا إذا تغيرت الظروف. كما إذا أصبح المستحق للنفقة موسراً أو أصبح قادراً على الكسب بعد أن كان عاجزاً، كما قدمنا. وهذا خلافا لنفقة الزوجية، إذ يظل الالتزام بها ما بقيت الزوجية، وذلك لاختلاف الأساس فى كل من نفقة الزوجة ونفقة الأقارب.

ولما كان الالتزام بالنفقة بين الأقارب يقوم على أساس الحاجة إليها، فانه يسقط بمضى المدة التى تستحق فيها النفقة ولم تقبض. فاذا كانت تستحق مشاهرة ومضى شهر دون أن تقبض، فانه لا يجوز المطالبة بها بعد ذلك على أساس أنها تتقرر لدفع الحاجة، ومضى مدة استحقاقها دون المطالبة بها، يعنى عدم الحاجة إليها، ولا يكون لمستحقها إلا المطالبة بالشهر الحاضر فقط [1]. وفى هذا تختلف نفقة الأقارب عن النفقة الزوجية، وإذا كان من الممكن المطالبة بمبلغ متجمد عن مدة سابقة بالنسبة للنفقة الزوجية، لأن دين هذه النفقة قوى لا يسقط إلا

---

(١) وهذا **هو حكم الشريعة الاسلامية**. إلا أنهم يفرقون فى هذا الصدد بين نفقة الصغير ونفقة غيره من الأقارب. فبالنسبة لنفقة الصغير تكون ديناً صحيحاً من تاريخ الحكم، وإن كان المتجمد منها يسقط بموت الصغير لان النفقة بر وصلة، والصلة تسقط بالموت. أما بالنسبة لنفقة الأقارب الآخرين فلا تكون ديناً على المحكوم عليه بها إلا إذا أذن بالاستدانة وحصلت الاستدانة بالفعل. والاذن بالاستدانة يكون من القاضى أو ممن وجبت عليه النفقة. فاذا حصل هذا كانت النفقة المأذون باستدانتها ديناً على الملتزم بها لا يسقط إلا بالاداء أو الابراء. أما إذا مضت مدة لم تقبض فيها ولم تحصل استدانة فعلا، فلا تصح المطالبة بنفقة تلك المدة، لان مضى المدة دون قبضها دليل عدم الحاجة إليها (انظر فى هذا: عمر عبد الله السابق ص ٤٥٥-٤٥٦. محمد يوسف موسى، السابق ص ٤٦٣).

بالاداء أو الابراء ، فان هذا غير جائز بالنسبة لنفقة الأقارب [1] .

المبحث الثانى

فى الشريعة اليهودية

٢١٣ — الاحالة الى القواعد العامة فيما سبق وفى أحكام الشريعة الاسلامية مع مراعاة ما نص عليه من صور خاصة : لم تنظم الشريعة اليهودية أحكام النفقة تفصيلا كما فعلت بعض الطوائف المسيحية على ما بينا . ولكن القواعد الخاصة بهم قد عرضت لبعض فروض هى فى الواقع متعلقة بنفقة الأقارب ، كما عرضت لصور خاصة للنفقة غير النفقة الزوجية مثل نفقة الأرملة . ولهذا نعرض فيما يلى لهذه الفروض والصور الخاصة التى عرضت لها القواعد الخاصة بهم. أما فيما عدا ذلك من أحكام تتعلق بنفقة الأقارب فيمكن كما بينا من قبل أن نطبق بشأنها القواعد العامة التى تستخلص من دراستنا السابقة لدى المسيحيين ؛ والتى تقضى بها أحكام الشريعة الإسلامية . ذلك أن أصل وجوب هذه النفقة قد ورد فى التوراة ، ولهذا يمكن إعمال أحكامها لدى القرائين والربانيين ، على الأقل فى الحالات التى ورد بشأنها نص التوراة من حيث وجوبها بين الأصول

---

(١) ولهذا لا نقر ما اتجهت إليه بعض الاحكام التى قضت بأن نفقة الاقارب لا تسقط شهراً بشهر واستبعاد فكرة الشريعة الاسلامية فى هذا الصدد (أنظر الاسكندرية فى ١٩ مايو ١٩٥٨ رقم ٦ س ١٩٥٨ غير منشور) والواقع أن قواعد الطوائف المسيحية جاءت خلوا من الكلام عن سقوط النفقة ، كما بين الحكم السابق . ولهذا فلا مانع من الاستنارة بأحكام الشريعة الاسلامية فى هذا الصدد ، لأن الأمر لا يتصل بمسائل متعلقة بالعقيدة الدينية للمسيحيين . وفضلا عن ذلك فان القول بسقوط النفقة ، إذا لم تقبض فى المدة المقررة فيها ، يتفق مع الأساس الذى تقوم عليه نفقة القرابة وهو دفع الحاجة ، إذ أن مضى المدة دون قبضها دليل على أن الحاجة قد اندفعت ، والحاجة تقدر بقدرها .

والفروع[١]. مع مراعاة شروط وجوبها التى بيناها من قبل ، مع مراعاة الأحكام المتعلقة بكيفية أدائها وتقديرها ، وانقضائها وسقوطها . إذ أنها أحكام عامة يمكن إعمالها لدى اليهود كذلك .

٢١٤ : صور خاصة بالنفقة : أوردت الشريعة اليهودية صوراً خاصة بالنفقة فى نصوص متفرقة ، وهى تتعلق بالنفقة بين الأصول والفروع ، ونفقة الأولاد بصفة عامة ، كما تتعلق بنفقة الأرملة .

نفقة الأولاد بصفة عامة : إذا ثبت نسب الأولاد شرعا كانت لهم النفقة[٢]. ويفهم هذا الحكم مما نصت عليه المادة ٢٩٨ من ابن شمعون من أنه لا نفقة لمن انتفى نسبه » . كما يفهم هذا الحكم كذلك مما نص عليه عند الكلام عن الولاية إذ نصت المادة ٦٣٦ على أن « ولاية الأب على النفس والمال ، فله تربية ابنه وتعليمه ثم قبض أجرة عمله وما قد يعثر عليه فى الطريق ما دام على نفقته ولو بلغ »، إذ يفهم من هذا أن للأب حقوقا على ولده مادام قائما بالانفاق عليه . كما يتضح من هذا النص كذلك أن الأب يلزم بتربية ابنه وتعليمه ..

---

(١) فقد ورد فى التوراة « أكرم أباك وأمك .. » كما بينا من قبل ، مما يعنى أن للاب والأم حقوقا على الاولاد من بينها النفقة عند الحاجة إليها .

(٢) وسواء كان الاولاد قد ولدوا من زواج صحيح تم بعقد شرعى أم ولدوا من غير عقد شرعى ولم ينتف نسبهم . بل إن النفقة تثبت للولد حتى ولو ولد من محرمة شرعاً أو ولد من الزنا . فقد نصت المادة ٣٠٤ من ابن شمعون على أن « لا فرق فى الحقوق والواجبات بين المولود عن غير عقد شرعى لابوين من الملة والمولود عن عقد شرعى » . كما نصت المادة ٣٠٥ على أن « مولود المحرمة شرعاً أو مولود الزنا هو كغيره فى الحقوق والواجبات » .

وواضح من هذا أن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الآباء والأبناء الشرعيين تثبت فى هذه الحالة ، ومن بين هذه الحقوق والواجبات الحق فى النفقة والالتزام بها .

بل إنه يلزم الإنفاق على القصر فى تعليمهم الدين ، ولو كانوا غير مكلفين شرعا بفروضه لصغر سنهم (م ٦٦١ من ابن شمعون) .

كما نص الربانيون كذلك على نفقة الرضيع والمحضون ، وقرروا أن لهما النفقة شرعا (م ٤٠٩) . فاذا كان للمطلقة أن تطلب أجرا على الرضاعة ، فان هذا الأجر « لايغنى عن نفقة الرضيع (م ٣٩٠) . هذه النفقة تجب على الأب وكذلك الشأن بالنسبة لنفقة الحضانة ؛ فنفقة الحضانة واجبة على الأب بقدر ميسرته ومنزلته بين الناس (م ٤٠١) . فاذا انقضت حضانة الولد ببلوغه الست سنين حق لأبيه أخذه . فاذا أبى الولد مفارقة أمه ، فلا يلزم أبوه بنفقته[1] .

وهناك حالة تتعلق بالمرأة إذا ترملت أو طلقت ولا ذرية لها ، فقد نصوا على أنها ترجع إلى بيت أبيها « فكما كانت أيام صباها تأكل من خبزه[2] » . وهذا يعنى أنها تعيش فى كنف أبيها فى هذه الصورة ويلزم بالإنفاق عليها وإعالتها ، كما كان ملزما بذلك قبل زواجها .

هذا وقد نص الربانيون على حالة خاصة بالبنات إذا مات أبوهن ، فأوجب لهن النفقة ، قبل الزواج أو البلوغ ، فى تركة الأب[3] .

---

(١) م ٤٠٥ من ابن شمعون . ولا يمنع هذا من أن يقوم الأب بشئون الولد (انظر م ٣٩٧) .

(٢) شعار الخضر ص ١١٢ .

(٣) فقد نصت المادة ٢٨٧ على أن « للبنات شرعاً إذا مات أبوهن أن يتعيشن من تركته إلى أن يتأهلن أو يرشدن » . ومن الواضح أنه إذا كانت النفقة تلزم تركة الأب فى هذه الحالة فان مفهوم ذلك أن النفقة تجب على الأب حال حياته . ومع ذلك فانه ينبغى أن يراعى أن حكم النص لا يتصور تطبيقه متى قسمت التركة على الورثة بعد موت الأب طبقاً لاحكام الميراث فى الشريعة الاسلامية .

نفقة الأرملة : عرض الربانيون والقراءون تفصيلا للأحكام المتعلقة بنفقة الأرملة . فقد جاء فى شعار الخضر أن المرأة « إذا ترملت ولها ولد عاشت من ماله ، (أى من مال الزوج) ، ما دامت أرملة »[١]. ومع ذلك إذا لم يكن للأرملة ذرية ، فانها تبقى فى معيشة رجلها مدة العدة — وهى الثلاثة أشهر — لجواز أن تكون حاملا . كما أن لها أن لا ترجع طالما بقى لها مؤجل الصداق وغيره من الحقوق[٢].

كما تكلم القراءون كذلك عن النفقة فى حالة **الأرصاد الشرعى** : ذلك أن النفقة تجب على المرصد الشرعى للزوجة وهو أخ الزوج ، من يوم طلبها له ، ما لم يتنصل شرعا[٣] .

وقد نص القراءون كذلك على أن الأرملة إذا سكتت عن طلب الوارث بالنفقة ، فلا تلزمه إلا من وقت الطلب . وإذا كانت فى غير بيت رجلها ، فلا

(١) وقد استند هذا إلى ما نص عليه بشأن بنت الكاهن من أنها «إذا ترملت أو طلقت ولا ذرية لها ، رجعت إلى بيت أبيها ، فكما كانت أيام صباها تأكل من خبزه » . وقد أورد شعار الخضر : يفهم من منطوق هذا النص أنه إذا كان لها ذرية بقيت فى معيشة رجلها لا أنها تعيش عند أبيها (ص ١١١–١١٢ شعار الخضر) . وقد ورد فى ص ١٩٣ أن وجوب نفقتها من وقت ترملها فى حال النسل وجوب من الكتاب ، ومن العلماء ، عملا بالسنة ولو كانت لا نسل لها إذا لم تطلب حقوقها ، كذلك مدة العدة .

(٢) المرجع السابق ص ١١٢ .

(٣) وهذا ما قرره علماء القرائين (ص ١١٣ شعار) . وقد ورد فى هذا المرجع (ص ١١٢) أنه : « إذا كان لها مرصد شرعى ، فما دامت غير طالبة له فلا تلزمه نفقتها . فاذا طلبته لزمته من وقت الطلب ، ولو هاجر أو مرض ، ما لم يتنصل شرعاً . وإذا كان قاصراً فلا تلزمه ما لم يكبر » . كما نصوا على أن الارملة « لا تكون معيشتها على أبيها بل على مرصدها ما بقيت مرتبطة شرعاً به (انظر ص ١١٢ من المرجع السابق . وانظر مع ذلك ما سبق كلامه عن مسألة الارصاد الشرعى عند كلامنا عن شرط النظام العام ، فقرة رقم ٦٩ مكرر ص ٢٦٧–٢٧٦) .

يلتزم الوارث بالنفقة « ما لم يكن ابنها فانها حينئذ تلزمه أينما كانت »[١] وتشمل النفقة الكسوة والمسكن وما ينبغى له ، كما كانت فى حياة زوجها .

ونفقة الأرملة تمنع عنها إذا طلبت حقوقها ، حتى ولو لم تستول عليها، ولهذا فانها إذا لم تقدم سند حقوقها ، فلا نفقة لها على الورثة لجواز كونها أبرأت منها زوجها أو تصرفت فيها[٢] . وتسقط نفقة الأرملة من وقت أن تخطب ، ولو لم تطلب حقوقها[٣] .

أما الربانيون : فقد تكلموا تفصيلا عن نفقة الأرملة ، بل وعن حقوقها بصفة عامة[٤] . ولا تخرج الأحكام التى أوردها ابن شمعون فى هذا الصدد عما أورده القراءون . فهم يجعلون لها أن تعيش من مال الرجل ولو أوصى بغيرذلك وليس للورثة منعها باعطائها مالها من الحقوق فى العقد إلا إذا كان العقد أو العرف يخالف ذلك[٥] .

وقد نص الربانيون على أن النفقة تدفع معجلا وشهرا فشهرا لا أقل

---

(١) وهذه صورة تجب فيها النفقة على الفروع للاصول .

(٢) ص ١١٤ شعار الخضر . فاذا قدمت سند حقوقها وطلبت النفقة فعليها اليمين أن لا ابراء ، وإذ ذاك تفرض لها . وإذا كان من العرف أن لا يعطى لها سند ، فلا تمنع عنها النفقة من وقت الطلب ،كذلك إذا فقد السند وأثبتته البينة .

ويراعى أن تصرف المرأة فى بعض حقوقها من بيع أو رهن لا يمنع نفقة الأرملة عند الربانيين بخلاف القرائين (انظر شعار الخضر ص ١١٤ وهامش ١) .

(٣) المرجع المشار إليه بالهامش السابق .

(٤) انظر الباب السابع ، المادة ٢٣٧ وما بعدها من ابن شمعون .

(٥) انظر م٢٣٨ . فاذا كان من عرف البلد أو من مقتضى العقد أن لا نفقة للأرملة بغير رضى الورثة فلها شرعا نفقة ثلاثة أشهر من تاريخ الوفاة (م ٢٣٩) .

(م٢٥٩) . كما نصوا كذلك على أن النفقة تستحق للكسوة والمسكن الشرعى إذا لم يرق لها أن تقيم فى منزل الورثة ، وبصفة عامة تكون النفقة بحيث تعيش كما كانت تعيش مع زوجها[1] . ولا يدخل فى النفقة التى يلتزم بها الورثة نفقة فك أسر الأرملة إذا أسرت ولا نفقة دفنها ومأتمها ، كما لا يلتزمون بمعالجتها إذا مرضت مرضا غير عادى ، إذ فى هذه الحالة ينفق عليها مما لها من حقوق بمقتضى العقد[2] .

وتأخذ الأرملة نفقتها مما قد يكون فى حوزتها من مال للرجل ، وقد يقوم الرجل بتخصيص عقار تنفق من ريعه بعد وفاته ، وفى هذه الحالة إذا أنقص الريع كملت لنفسها من مال التركة[3] . كما أنه يكون للسلطة الشرعية أن تبيع من

---

(١) انظر المادة ٢٦٠ وانظر كذلك المادة ٢٦١ وهى تجعل للورثة حق معارضتها إذا أرادت أن تقيم « لا فى مسكن شرعى بل عند أبويها أو أقربائها وطلبت نفقة » .

(٢) انظر م ٢٦٢

(٣) هذا ما لم يكن الغرض من تخصيص العقار أن يكون ريعه فى مقابل النفقة وقبلت المرأة ذلك (انظر م٢٤٧) .

ويلزم ألا يتعلق بهذا العقار حق للغير يمنع من استغلال النفقة منه (انظر م ٢٤٨) . فاذا تصرف الرجل أو الورثة فى العقار ، نفذ التصرف ويكون للمرأة حقها الشرعى فى النفقة (انظر م٢٤٩ وانظر كذلك م ٢٥٠ و٢٥١) . وإذا ترك الرجل مالا منقولا وكان فى حوزة المرأة فليس لها منعه عن الورثة بحجة أن لها نفقة تخشى عليها ، ولو كان الرجل موصيا لها بالمال لنفقتها . وإذا حازت المرأة المال ، وكان غير زائد عن الحد المعقول للنفقة فعليها أن تسلم بقدر الزيادة ، ولا تعد المرأة حائزة إذا لم تكن حازت ذات الشىء وبشخصها (م٢٥٣)

وإذا طلبت الأرملة نفقة بعد ما استحوزت عليه من مال بحجة أنه لم يكفيها فعليها اليمين (انظر م٢٥٥) .

مال التركة لأجل النفقة[١].

هذا وتسقط نفقة الأرملة إذا سكتت عن المطالبة بها سنتين أو ثلاث سنين إذا كانت موسرة . إذ يعد هذا تنازلا عنها المدة الماضية ؛ ما لم يكن فى حوزتها مال الرجل تنفق منه أو استدانت لتنفق (م٢٤٥) .

كما تسقط نفقة الأرملة إذا طالبت شرعا بما لها من الحقوق بمقتضى العقد ولو لم يبادر الورثة إلى الوفاء[٢]، إلا إذا كانت المطالبة ناشئة عن مضايقتهم إياها أوعن غشهم لها . كذلك تسقط نفقتها إذا هى خطبت أو تقدست (م٢٤٠) وإذا تصرفت الزوجة فى حقوقها فى حال حياة زوجها أو بعد وفاته سقطت نفقتها قبل الورثة[٣]. كما يراعى أنه لا يكون للأرمله نفقة إذا كانت قدتنازلت عما لها من الحقوق فى عقد زواجها إلى الرجل[٤].

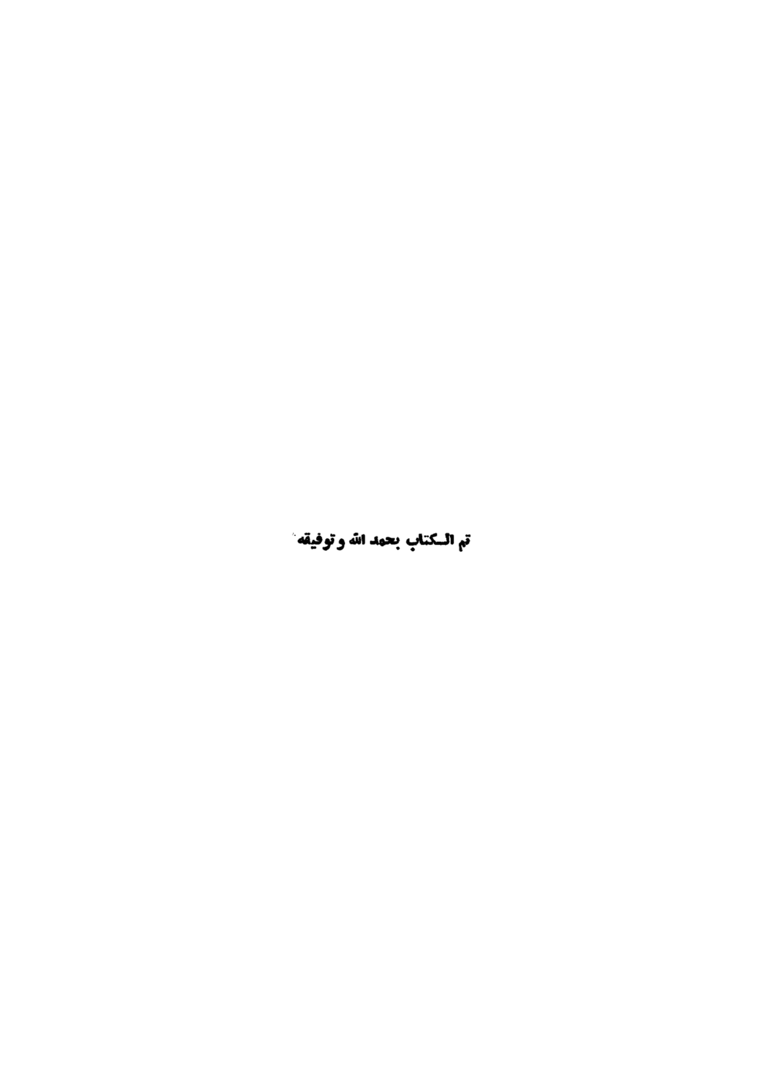
---

(١) أنظر م٢٥٦ ولا يجوز للأرملة أن تبيع بنفسها إلا بحضرة ثلاثة شهود عدول ، كان لها أن ترهن مباشرة ويكون البيع بقدر ما يكفى نفقة ستة شهور (انظر م ٢٥٧ ، وانظر كذلك م ٢٥٨) .

(٢) ومع ذلك إذا كانت المطالبة قاصرة على مجرد ما دفعته دونه إلى الرجل ، فلا تسقط نفقتها ، ولو حصلت على مطلوبها (م٢٤١) كما لا تسقط نفقتها إذا هى طالبت من الورثة مباشرة ما لها من الحقوق فى العقد وأبوا أن يدفعوا إليها أو زعموا أن ليس عندهم ما يكفى (م ٢٤٢) .

(٣) م ٢٤٣ . وتسقط حقوقها فى هذه الحالة إذا تصرفت فى حقوقها . لكن إذا كان تصرفها فى بعض حقوقها دون الكل ، فلا تسقط نفقتها ، وإنما يحق للورثة فى هذه الحالة أن يردوا إليها باقى ما لها من حقوق ليسقطوا نفقتها (انظر م ٢٤٤) .

(٤) م ٢٤٤ .



تم الكتاب بحمد الله وتوفيقه

فهرس

صحفة

أولا : المواريث

ثانيا : الوصايا

ثالثا : الأهلية وما يتصل بها من أنظمة خاصة بحماية عديمى الأهلية وناقصيها (الولاية ، والوصاية ، والقيامة ، والحجر ، والاذن بالادارة والغيبة ، واعتبار المفقود ميتا) :

صفحة

صفحة

الفصل الثالث

ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين من المصريين

(مصــادر الشريعة المسيحية واليهودية)

أولا : ما يعتبر شريعة عند المسيحيين (مصــادر الشريعة المسيحية)

صحيفة

ثانيا : ما يعتبر شريعة عند اليهود

الفصل الرابع

شروط تطبيق شريعة غير المسلمين

الكتاب الثانى

الأحكام الموضوعية فى مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين

البـــاب الأول

الزواج وما يتصل به فى شرائع غير المسلمين من المصريين

(تمهيد)

صفحة

الفصل الأول

مقـــدمات الزواج — الخطبة

المبحث الأول : الخطبة فى الشريعة المسيحية

صفحة

المبحث الثانى

الخطبة فى الشريعة اليهودية

الفصل الثانى

انعقاد الزواج

المبحث الاول

الشروط الموضوعية للزواج

الفرع الاول : فى الشريعة المسيحية

اولا : الرضا فى الزواج

صفحة

صفحة

المطلب الأول : فى الشريعة المسيحية

المطلب الثانى : فى الشريعة اليهودية

المبحث الثالث : الجزاء على شروط الزواج

المطلب الأول : الجزاء على شروط الزواج فى الشريعة المسيحية

الفرع الأول : بطلان الزواج

الفرع الثانى : آثار البطلان

صفحة

الفرع الاول

الحالات التى تنحل فيها الرابطة الزوجية

(أسباب التطليق ـ تمهيد)

أولا : الأسباب المشتركة بين الارثوذكس والانجيليين

ثانيا . الأسباب الخاصة بالأرثوذكس

صفحة

صفحة

§ ٢ — الحضانة

ثانيا : تطبيقات على الطلاق بارادة الزوج

ثالثا : الوكالة فى الطلاق

صفحة

الفرع الثانى

الطلاق لحق الزوجة ولحق الشرع

أولا : الطلاق لحق الزوجة

ثانيا : الطلاق لحق الشرع

صفحة

صفحة

الباب الثانى

رابطـــة القرابة

الفصل الاول

الأنواع المختلفة للقرابة

الفصل الثانى

الآثار التى تترتب على القرابة

(نفقة الأقارب)

المبحث الأول : فى الشريعة المسيحية

طبع بمطبعة دار نشر الثقافة
بمحرم بك ت ٣٢١٩٨ اسكندرية


Bibliotheca Alexandrina
0360573